

Relatório do Software Anti-plágio CopySpider

Para mais detalhes sobre o CopySpider, acesse: <https://copyspider.com.br>

Instruções

Este relatório apresenta na próxima página uma tabela na qual cada linha associa o conteúdo do arquivo de entrada com um documento encontrado na internet (para "Busca em arquivos da internet") ou do arquivo de entrada com outro arquivo em seu computador (para "Pesquisa em arquivos locais"). A quantidade de termos comuns representa um fator utilizado no cálculo de similaridade dos arquivos sendo comparados. Quanto maior a quantidade de termos comuns, combinada com o agrupamento desses termos, maior a similaridade entre os arquivos. É importante destacar que a classificação da semelhança como Alta, Moderada e Baixa não representa um "índice de plágio". Por exemplo, documentos que citam de forma direta (transcrição) outros documentos, podem ter uma similaridade Alta e ainda assim não podem ser caracterizados como plágio. Há sempre a necessidade do avaliador fazer uma análise para decidir se as semelhanças encontradas caracterizam ou não o problema de plágio ou mesmo de erro de formatação ou adequação às normas de referências bibliográficas. Para cada par de arquivos, apresenta-se uma comparação dos termos semelhantes, os quais aparecem em vermelho.

Veja também:

[Analisando o resultado do CopySpider](#)

[Qual o significado de uma similaridade alta e quando é considerado plágio?](#)



Versão do CopySpider: 3.2

Relatório gerado por: danilo.pacheco@ucsal.edu.br

Análise no modo: Web/Normal (100.0%) em 28:19

Idioma da busca: Português

Arquivos	Termos comuns	Semelhança	Agrupamento
TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf	2028	Moderada	Alto
X www.usbrazil.com.br/jurisprudencia/stj/675073509/e...			
TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf	2025	Moderada	Alto
X www.passeidireito.com/arquivo/33229332/para-jurispr...			
TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf	1320	Moderada	Alto
X ww2.stj.us.br/docs_internet/revista_eletronica/revista...			
TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf	923	Moderada	Alto
X pugd.ufba.br/sites/pugd.ufba.br/files/estudos_juridicos...			
TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf	660	Baixa	Alto
X www.conjur.com.br/2019-jul-09/para-ulozo-conferir-ter...			
TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf	572	Baixa	Alto
X www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei...			
TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf	572	Baixa	Alto
X www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei...			
TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf	503	Baixa	Alto
X www.passeidireito.com/arquivo/139484974/aula-exa-s...			
TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf	447	Baixa	Alto
X www.mpr.mp.br/documents/20184/1473819/Freire...			
TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf	442	Baixa	Alto
X www.direto.net.com.br/noticias/exibir/20731/STJ-fixa...			

=====
Arquivo 1: [TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf](#) (8146 termos)

Arquivo 2:

www.usb.br/usb/br/urisprudencia/st/675073509/relatorio-revoto-675073574/misookid=0ed501e1010260e24bf17e00c0662 (6450 termos)

Termos comuns: 2028

Índice de similaridade antigo: 16,13%

Novo índice de similaridade: 24,89%

Índice de agrupamento: Alto

O texto abaixo é o conteúdo do documento **Arquivo 1**. Os termos em vermelho foram encontrados no documento **Arquivo 2**. Id da comparação: eb32b9d07f0670fx312

=====
UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Salvador

2025

DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Artigo apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade Católica do
Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador
2025

2

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco¹
Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo compreender o neoprocessualismo **sob o prisma** da **aplicação da técnica de ponderação de normas**. Em um primeiro momento se situa a compreensão do paradigma neoprocessualista em seu contexto histórico e teórico mais amplo, relacionando o seu surgimento com acontecimentos da história recente e com uma mudança mais ampla de paradigma filosófico dentro do Direito, representada pela passagem do paradigma positivista para o pós-positivista. Em seguida, se analisa a relação do neoprocessualismo com o neoconstitucionalismo, novo paradigma do Direito Constitucional. Na sequência, se estuda **a ponderação de normas** propriamente dita, situando a técnica dentro **do Novo Código de Processo Civil**, bem como sua formulação conceitual na doutrina. Por fim, se examina **o Recurso Especial 1.765.579-SP** como estudo de caso, visando contextualizar a discussão em um **caso concreto**. O presente estudo foi construído tomando como método a pesquisa documental, mobilizando, além **do julgado em** questão, livros e artigos de autores que tem o mesmo tema como objeto.

Palavras-chave: Neoprocessualismo. **Ponderação de Normas**. Novo CPC.

Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. 3. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO. 4. NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A **TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS**. 5. NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: **O CASO DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP**. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, não apenas como apenas sistema de normas mas sobretudo enquanto fenômeno teórico, passou por profundas transformações. Catastróficos acontecimentos do século 20, em especial a Segunda Guerra Mundial, motivaram o pensamento jurídico a reformular o seu paradigma filosófico, ou seja, seus aspectos teóricos mais amplos e fundamentais. **Uma vez que** que muitos daqueles

² Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodium, Bacharel **em Direito pela Universidade Católica do Salvador** ? UCSAL, Professor de Direito da **Universidade Católica do Salvador**. E- mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.

¹ Graduando do **Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador**. E-mail: danilo.pacheco@ucsal.edu.br

3

acontecimentos ocorreram sob a perfeita adequação ao Direito vigente à época, fez-se necessário pensar e construir um novo paradigma para o pensamento jurídico, com vistas a impedir que catástrofes como aquelas voltassem a ocorrer. Sendo o paradigma dominante naquele momento de crise o positivismo jurídico, surgiu como sua contraposição o pós-positivismo jurídico. A principal mudança que este novo paradigma apresentou foi a relativização da distinção entre Direito e Moral, admitindo-se, nesta perspectiva, critérios materiais de validade das normas. Essa mudança de orientação teórica influenciou tanto o Direito Constitucional como o **Direito Processual Civil**. No Direito Constitucional, como correspondente do pós-positivismo neste ramo, surge o neoconstitucionalismo, tendo por característica central o caráter normativo da constituição bem como a vinculação **dos direitos fundamentais** a todos os ramos do direito. Isso em forte contraste com a concepção positivista de constituição, que atribuía a esta um caráter meramente formal. Já no âmbito do **Direito Processual Civil**, o pensamento consequente ao pós-positivismo é o neoprocessualismo que tem por principal característica o maior relevo **dos princípios e** dos valores dentro do processo. Central no neoprocessualismo é a busca por acesso à justiça, bem como a mitigação dos excessos formalistas do paradigma anterior.

Uma mudança que se sobressai no **Direito Processual Civil** quando da passagem para o paradigma neoprocessualista é o maior relevo **da técnica de ponderação de normas** sobre a técnica de subsunção. A subsunção é a tradicional aplicação da norma certa aos fatos, já a ponderação, no Direito Brasileiro, aparece no **Código de Processo Civil** no artigo art. 489, § 2, no contexto da sentença, onde, havendo hipótese **de colisão de normas**, o juiz deverá **justificar o objeto e critérios gerais da ponderação efetuada**, explicitando as razões de afastamento de uma das normas **e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão**.

Para cumprir tal objetivo, será usado como estudo de caso a análise do REsp 1.765.579 - SP, onde **a ponderação de normas** é aplicada e também discutida em decisão **pelo Superior Tribunal de Justiça**. A pergunta central do artigo é: como é exercida **a ponderação de normas na prática**, técnica representativa do novo paradigma neoprocessualista?

4

Neste sentido, o objetivo deste trabalho é compreender essas mudanças teóricas que o Direito passa, em especial no **Direito Processual Civil**. Para tal, se investigará especialmente a **técnica de ponderação de normas, uma vez que a**

mudança **para uma maior** relevância **da técnica de ponderação** sobre a subsunção constitui-se como uma das mais significativas que ocorreram quando da passagem ao novo paradigma, o neoprocessualismo. O presente trabalho busca, portanto, através do método de pesquisa documental e revisão bibliográfica, compreender como essas mudanças teóricas se manifestam no âmbito do **Direito Processual Civil**.

2 NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

? **A necessidade de se** pensar um novo paradigma para o pensamento jurídico remonta ao século 20. Uma vez tendo-se derrotado os regimes totalitários no continente europeu, se constatou indispensável a tarefa da **criação de uma** nova estrutura teórica para o Direito que estabelecesse, por um lado, direitos e garantias individuais que protegessem o cidadão de eventuais abusos pelo Estado ou quaisquer outras formas de poder e, por outro, mecanismos de controle da Constituição, ocasionando a criação da assim chamada jurisdição constitucional (CAMBI, 2008). É importante, entretanto, que inicialmente se compreenda as características do paradigma anterior ao que seria contraposto posteriormente em resposta a essa crise: O positivismo jurídico. Segundo Bobbio (2015), o positivismo pode ser compreendido tanto como modo de aproximar-se do Direito, tanto como uma teoria ou concepção do mesmo ou ainda como uma ideologia de justiça (BOBBIO, 2015).

Como modo de se aproximar do Direito, o positivismo jurídico seria marcado pela clara distinção entre Direito real e Direito ideal. Seria justamente pela ênfase no Direito real em contraposição ao ideal que ele se caracterizaria. Essa ênfase conferiria ao positivismo jurídico um caráter que poderia ser chamado de científico (BOBBIO, 2015).

Já como teoria do Direito, o positivismo jurídico se caracteriza por acentuar fortemente a ligação do Direito com o Estado, ou seja, o positivismo seria uma teoria estatalista do Direito. Ainda **de acordo com** Bobbio (2015), isso confere à teoria positivista algumas consequências: a) Com relação à definição do Direito, a teoria

5

da coatividade, que o define como sistema **de normas que** se fazem valer pelo uso da força. b) Com relação a teoria da norma, a teoria imperativista, **de acordo com** a qual a norma jurídica é um comando; c) Com relação às fontes do Direito, a supremacia da lei sobre as demais fontes; d) Com relação ao ordenamento jurídico, a ele é atribuído o caráter de completude e, por consequência, de ausência de antinomias; e e) **Em relação ao** método da ciência jurídica, a consideração da atividade do jurista como essencialmente lógica (BOBBIO, 2015).

Por fim, ainda segundo Bobbio (2015), como ideologia, o positivismo jurídico representa a crença em certos valores. Esses valores atribuem ao Direito existente um valor positivo independente de qualquer Direito ideal. Isso ocorre de duas maneiras: a) O Direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, ou seja, como emanção de uma vontade dominante, é justo **no sentido de que** o critério para avaliar a sua justiça seria exatamente o mesmo que seria usado para julgar sua validade ou invalidade; e b) o Direito positivo serve, por sua própria existência e independente de qualquer valor moral, à consecução de certos fins desejáveis, como a ordem, a paz e de modo geral à justiça legal. Desses dois valores, segue-se que, para a ideologia positivista, a norma jurídica deve ser obedecida de per si (BOBBIO, 2015).

? Por mais estruturado que fosse o pensamento positivista, ele enfrentou sérias críticas, sobretudo no decorrer do século 20. Decisões extremamente apartadas de qualquer noção de justiça como as que atravessaram todo o regime fascista e nazista não poderiam mais ser aceitas pela sociedade (BICALHO et al, 2011). Nesse contexto histórico dramático, se abriu um ambiente propício para renovação dentro do pensamento jurídico, e é neste contexto que surge o pós-positivismo ou o não positivismo (BICALHO et al, 2011). Segundo Bicalho e Fernandes (2011) a crise do pensamento positivista pode ser explicitada em duas razões centrais: a) a pluralidade das sociedades pós-modernas, que acabaram evidenciando a limitação da noção de completude do sistema positivo codificado; e b) pela dificuldade apresentada pela concepção positivista quando da necessidade de mitigar **a aplicação de** normas positivas, quando for o caso de ser flagrante que as soluções por elas apresentadas no momento da aplicação forem absurdas ou desproporcionais (como **no caso do** sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista) (BICALHO et al, 2011).

6

? O pós-positivismo conta como adeptos autores como Alexy, Dworkin, Bonavides e Barroso, dentre outros (BICALHO et al, 2011). Apesar desses autores possuírem entre si discordâncias dentro de suas perspectivas teóricas, um fio comum entre eles pode ser apontado como: a relativização da separação entre Direito e Moral, bem como a admissão de critérios materiais para a validade das normas. **Uma vez que** uma crítica central ao positivismo jurídico é **a falta de** critérios valorativos **para a aplicação** das normas, o pós-positivismo trabalha **no sentido de** conferir bases axiológicas, ou seja valorativas, para a sua aplicação, principalmente **a partir do** Direito Constitucional (BICALHO et al, 2011).

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO

? Diante deste contexto de mudança teórica, o Direito considerado enquanto sistema de normas foi expressivamente afetado em seus ramos, sobretudo em dois dos mais fundamentais deles : o Direito Constitucional e o **Direito Processual Civil**. A mudança que se estabeleceu como decorrência dos fenômenos analisados no tópico acima no âmbito do Direito Constitucional é **o que se** denomina neoconstitucionalismo, que representa um novo paradigma dentro do Direito Constitucional. As alterações mais importantes que este novo paradigma apresenta, segundo Cambi (2008), podem ser sistematizadas em três aspectos distintos. O primeiro desses aspectos é o histórico e já foi delineado em suas linhas centrais no tópico anterior. Cumpre apenas destacar como marco legislativo a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, isto é a Grundgesetz, a Constituição alemã. Outras constituições também se compõem como marco da mudança para o paradigma neoconstitucionalista, quais sejam, as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978). No caso brasileiro, **a Constituição Federal de 1988** sofre forte influência desses marcos legislativos, sobretudo por se caracterizar historicamente como passagem de um regime autoritário para um democrático, lançando as bases para um Estado Democrático de Direito no Brasil. Segundo Cambi (2008), apesar de a Constituição brasileira ter sofrido diversas reformas constitucionais ao longo do tempo, ela logrou criar uma cultura jurídica de valorização de um sentimento constitucional. Após sua promulgação, diversos episódios de instabilidade política, próprios da história recente do Brasil,

7

encontraram nela soluções, criticáveis **ou não, de** manutenção da estabilidade democrática. O segundo aspecto da alteração é o filosófico e também foi delineado em linhas gerais no tópico anterior, qual seja, a passagem para a tendência pós-positivista. Cumpre apenas destacar o papel dos princípios, que para essa nova matriz teórica, deixam de ter aplicação meramente secundária, isto é, de ter a função de apenas colmatar lacunas e passam agora a ter relevância jurídica na confirmação judicial de direitos (CAMBI, 2008).

Além dos aspectos históricos e filosóficos, o neoconstitucionalismo representa também expressivamente mudanças de natureza teórica. **De acordo com** Cambi (2008), seguindo a linha do pensamento do professor e ministro Luís Roberto Barroso, as mudanças teórica trazidas pelo novo paradigma podem ser divididas em três vertentes: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Segundo o autor, **ao afirmar que** as normas constitucionais têm força normativa, com isso estamos reconhecendo **que a**

Constituição não é apenas uma carta política mas tem conteúdo jurídico imperativo. Isto é, **a partir do** momento em que se reconhece a Constituição como lei, seus princípios e regras devem ter normatividade, regulando condutas e produzindo expectativas de comportamentos. Essa é uma concepção nova de Constituição, **uma vez que** se contrapõe a visão clássica, onde a carta constitucional era encarada apenas como declaração política, programa de futuro ou também mera exortação moral (CAMBI, 2008).

Neste contexto, a positividade da norma constitucional é sobretudo a vinculação positiva do legislador a ela, bem como **de todos os** órgãos concretizadores do Estado, seja o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário, que devem encarar a Constituição como diretivas materiais permanentes. Por fim, ela passa a funcionar como limites materiais negativos para o poder público em geral, passando a ser considerados inconstitucionais os atos que sejam contrários a ela (CAMBI, 2008).

Uma consequência dessa expansão da normatividade constitucional é a expansão da jurisdição constitucional. Ela se reflete na realidade **do Direito brasileiro** em especial pelo **controle de constitucionalidade**, havendo agora uma ampliação considerável deste mecanismo. A Constituição de 1988 acabou ampliando o controle

8

abstrato de constitucionalidade, alargando os legitimados ativos para propor as ações que o compõem e, também, criando outros instrumentos de jurisdição **constitucional como por exemplo a** Ação Direta de Constitucionalidade (CAMBI, 2008).

Por fim, a última vertente elencada por Cambi (2008) que expressa a mudança representada pelo neoconstitucionalismo em seu aspecto teórico, é o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Aqui se trata sobretudo da constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais (CAMBI, 2008).

Para o autor, houve uma mudança do centro gravitacional hermenêutico, ou seja interpretativo, dos códigos para a constituição. Essa nova orientação interpretativa não rompeu completamente com os clássicos métodos de interpretação jurídica, os tradicionais métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico: antes a nova dogmática de interpretação constitucional trazida pelo neoconstitucionalismo informa o intérprete que lançar mão dos métodos tradicionais, da teoria dos princípios, em prevalência sobre a teoria das regras. Segundo Cambi (2008), **de acordo com** a teoria das regras, prevalece a dicotomia validez-invalidéz, ou seja, diante de uma antinomia, o intérprete lançaria mão de critérios tradicionais como *lex superior derogat inferior*, *lex specialis derogat generalis* e *lex posterior*

derrogat priori. Mas, de maneira mais significativa para o autor, a característica fundamental que a teoria das regras conferire à hermenêutica jurídica **é a de** tudo ou nada. Agora, com a primazia da teoria dos princípios, torna-se possível um ajuste às pretensões sociais legítimas, permitindo-se, por exemplo, solucionar-se colisões **entre direitos fundamentais** (CAMBI, 2008).

Particularmente, dessa mudança na interpretação jurídica, na qual existe, agora, um forte relevo e evidência da Constituição para o intérprete **do Direito na** aplicação, uma consequência direta se apresenta a outro ramo do Direito além do Direito Constitucional: o **Direito Processual Civil**. Entretanto, para que se possa compreender as mudanças apresentadas neste ramo como consequência dos fenômenos discutidos até então, é necessário analisar suas etapas de desenvolvimento.

As etapas de evolução do Direito Processo Civil são sobretudo metodológicas, podendo ser divididas em quatro fases (LOURENÇO, 2011). As

9

fases são: a) praxismo ou fase sincretista; b) processualismo ou fase do autonomismo; c) instrumentalismo; e por fim d) neoprocessualismo ou formalismo valorativo ou formalismo ético (LOURENÇO, 2011).

Em um primeiro momento, na fase do praxismo, **o que se** dava era a completa confusão entre o direito material e o direito processual. Nesta fase o Direito Processual não era autônomo, tendo pouca fundamentação teórica e científica construída pelos juristas. Entretanto, estudos de juristas alemães no século 19 sobre a natureza da ação e do processo contribuíram para a superação dessa etapa metodológica (LOURENÇO, 2011).

Superada essa etapa, surge a fase do processualismo, com **a perspectiva de** autonomia do processo. Agora ele começa a ser estudado mais profundamente e suas bases são lançadas cientificamente, em separado do direito material. Segundo Lourenço (2011), é nesta etapa, pela preocupação dos juristas em conferir autonomia ao processo **em relação ao** direito material, que surge o formalismo exagerado, ou seja, estudar o processo em si, sem a preocupação de que esse estudo possa fazer alguma referência imediata à realidade.

Interessante reflexão sobre o formalismo foi delineada por Oliveira (2006).

Refletindo sobre o formalismo processual, o autor o caracteriza, em sentido amplo, como a totalidade formal do processo, considerando especialmente a delimitação dos poderes. Forma, para esse autor, significa começo e fim, circunscrição de material a ser formado, estabelecimento de limites de ação e cooperação dos agentes dentro do processo (OLIVEIRA, 2006). O formalismo, para ele, visa controlar, sobretudo, eventuais excessos **que as partes** possam cometer, conferindo

ordem ao procedimento. Segundo o autor, o formalismo se constitui enquanto elemento não só de efetividade como de segurança do processo. Entretanto, com o passar do tempo, o pensamento formalista sofreu desgaste e passou a ser um formalismo excessivo.

O problema, segundo ele, é que esse poder organizador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do litígio acabe resultando em uma aniquilação do próprio direito ou em um retardamento irrazoável do processo (OLIVEIRA, 2006). Neste caso o formalismo acaba obstando que o instrumento atinja sua finalidade, a que sugere o autor que o jurista lance mão de uma atitude mais aberta, entretanto sem desprezar o formalismo, considerando **que no caso do** sistema brasileiro, este

10

possui meios suficientes **para a solução**, que, segundo ele, tem a forma de uma antinomia entre justiça e formalismo.

No terceiro momento de evolução metodológica, a fase do instrumentalismo, o processo passa a ser considerado como instrumento do direito material. Essa postura metodológica do Direito Processual, aparece agora como forma de corrigir os excessos formalistas da etapa metodológica anterior, que foi encarada como excessivamente técnica. Agora o processo não é visto como um fim em si mesmo, tendo surgido nesta etapa as ideias de promoção de maior acesso à justiça. Essa fase é, portanto, mais crítica (LOURENÇO, 2011).

Por fim, em sua última etapa de desenvolvimento metodológico, surge o neoprocessualismo ou formalismo valorativo, ou ainda formalismo ético. Nesta fase é onde o instrumentalismo interage com as mudanças de paradigma que ocorreram no Direito Constitucional. Oliveira (2014), ao refletir sobre essa última mudança no pensamento processual, chega mesmo a afirmar que se o processo não pode mais ser compreendido como mera técnica e sim como instrumento de realização de valores, em especial, valores constitucionais, podemos considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Lourenço (2011), sintetizando os pontos centrais da passagem ao paradigma neoprocessualista no **Direito Processual Civil**, os elenca como uma série de substituições: a) princípios no lugar de regras, ou pelo menos mais princípios do que regras); b) ponderação no lugar de subsunção, ou pelo menos, mais ponderação do que subsunção); c) justiça particular em vez de justiça geral, ou ainda, mais análise individual e concreta que geral e abstrata; d) Poder Judiciário em vez de Poder Executivo ou Legislativo, ou mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo ou Executivo; e) Constituição no lugar da lei, ou, maior e mais direta aplicação da Constituição no lugar da lei.

Para os fins do presente artigo, a compreensão da mudança que a passagem

ao paradigma neoprocessualista ocasiona, se analisará de modo mais detido o ponto central elencado acima no item ?b? pelo autor, a prevalência da ponderação sobre a subsunção. Para tal se estabelecerá tanto o lugar **da técnica de ponderação de normas no Código de Processo Civil**, quanto a sua definição na doutrina.

11

4 NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A **TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS**

O **Código de Processo Civil de 2015** é um marco da passagem ao neoprocessualismo nos termos acima delineados (VAUGHN et al, 2016). Já em seu primeiro artigo, ele consagra a interpretação constitucionalizada **de todos os** dispositivos nele contidos, reconhecendo em seu âmbito a força normativa da constituição (VAUGHN et al, 2016). Como ficou claro na discussão dos tópicos anteriores, é precisamente a presença mais forte do Direito Constitucional no **Direito Processual Civil** a característica central do paradigma neoprocessualista.

Neste mesmo sentido, uma mudança significativa com o advento **do Novo Código de Processo Civil de 2015** foi no âmbito **do dever de fundamentação das decisões judiciais**, consagrado **no art. 489 do** referido diploma (VAUGHN et al, 2016). O artigo 489 estabelece que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

- I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;**
- II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;**
- III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.**

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;**
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;**
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;**
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;**
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;**

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.(BRASIL, 2015)

Esse dispositivo específico tem por inspiração direta o artigo 93, IX, da **Constituição Federal**, e determina certos critérios de qualidade a serem preenchidos para que a decisão possa ser considerada fundamentada. A razão de ser da

12

importância conferida à fundamentação é a defesa do jurisdicionado em relação aos eventuais julgamentos arbitrários que ele possa ser submetido (VAUGHN et al, 2016).

Entretanto, sendo objeto de estudo do presente artigo mais especificadamente a **ponderação de normas**, o dispositivo central a ser analisado é o parágrafo segundo do artigo 489. O parágrafo em questão possui a seguinte redação:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 2015)

Para que se possa compreender o artigo em questão, é necessário examinar o conceito **de ponderação de normas na** doutrina, tarefa que encontra na obra de Ávila (2018) uma contribuição notável.

Segundo o autor, normas jurídicas podem ser compreendidas como o resultado final da interpretação. A interpretação propriamente dita tem como objeto imediato os dispositivos jurídicos (ÁVILA, 2018). É possível, por exemplo, haver normas sem que haja um dispositivo específico e determinado a ela diretamente vinculados. **Por exemplo, no caso do princípio** da segurança jurídica. O autor, após reconstruir de maneira crítica a história da conceituação das espécies normativas **por parte da** doutrina, desenvolve a sua própria definição a respeito delas. Segundo ele:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2018, p. 102)

Ou seja, para ele, regras são normas descritivas, retrospectivas que tem como função ser parâmetro para decisão e serem abrangentes, tendo, na aplicação, a **necessidade de se** avaliar a correspondência entre os fatos e ela. Já os princípios são normas voltadas para um fim, tendo como função primordial ser uma orientação prática.

13

Existe, entretanto, além **dos princípios e** das regras, uma outra espécie de norma de fundamental importância: os postulados normativos. Essa espécie de norma é imediatamente metódica. Elas instituem critérios de aplicação para outras normas, que, essas sim, se situam no plano do objeto da aplicação (ÁVILA, 2018). Um desses postulados normativos é precisamente a ponderação. Segundo Ávila, **a ponderação de** bens consistiria em um:

Método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho é importante registrar **que a ponderação**, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil **para a aplicação do Direito**. É preciso estruturar a ponderação **com a inserção de** critérios (ÁVILA, 2018, p. 185).

Salienta também o autor que é importante separar e apreciar a sutileza dos elementos envolvidos na ponderação, quando da sua aplicação, quais sejam: a) os bens jurídicos; b) os interesses; c) os valores; por fim, d) os princípios. Os bens jurídicos seriam situações, estados ou propriedade essenciais particulares da promoção dos princípios jurídicos. Os interesses são os próprios bens jurídicos enquanto vinculados a algum sujeito que os procura obter. Já os valores são o

aspecto axiológico, ou seja, valorativo, das normas, indicando **o que é bom**, isto é, **o que é** digno de ser buscado ou preservado. Por fim os princípios propriamente ditos, são, para o autor, o aspecto deontológico dos valores, que além de demonstrar que algo deve ser buscado, determinam que este algo deve também ser promovido (ÁVILA, 2018).

Em relação às etapas da ponderação, isto é, as etapas da aplicação dessa espécie de norma, o mesmo autor a divide em três: a) preparação da ponderação (Abwägungsvorbereitung, em alemão, idioma no qual o conceito se originou); b) realização da ponderação (Abwägung); e, por fim, c) reconstrução da ponderação (Rekonstruktion der Abwägung). A primeira etapa, a da preparação **da ponderação**, é onde se analisam todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível. Na segunda etapa, a da realização da ponderação, o intérprete que aplica a ponderação vai fundamentar a relação estabelecida entre os objetos de sopesamento.

No caso da ponderação, nessa etapa deve ser indicado a relação da primazia de um objeto ponderado sobre o outro. Por fim, na reconstrução da

14

ponderação, se formam regras de relação, inclusive de primazia de um objeto sobre o outro, com pretensão de validade para além do caso (ÁVILA, 2018). Por fim, o autor destaca que **os critérios de** ponderação podem ser vários, devendo, entretanto, ter o intérprete que vai aplicar essa espécie normativa, a maior atenção aos princípios constitucionais e, também, as regras de argumentação que podem ser construídas a partir deles.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a ponderação de normas aparece no **Código de Processo Civil no § 2.º do art. 489 do CPC**. Segundo Arenhart, Marinoni e Mitidiero, **o Código de 2015** apresenta ao todo três postulados normativos ou seja, como visto acima, tipos **de normas que** têm como objeto **a aplicação de** outras normas: proporcionalidade, razoabilidade e ponderação (Arenhart et al, 2015). A proporcionalidade é o postulado normativo que visa estruturar **a aplicação de** duas normas que mantêm entre si relação de meio e fim. Já a razoabilidade, é o segundo postulado constante no **Código de Processo Civil**, e tem três acepções básicas, razoabilidade como equidade, congruência e como equivalência; por fim, **a ponderação de normas** seria, no Código, o postulado normativo que visa atribuir peso a elementos que se entrelaçam. Cada um desses postulados existe para solucionar determinados problemas específicos, tendo cada um deles sua própria estrutura de aplicação, bem como sua particular exigência aplicativa quando for necessária a sua aplicação **em cada caso** concreto (Arenhart, 2015).
Ocorre que dentre as diversas maneiras que as normas podem se relacionar

entre si, **no caso do §2 do art. 489 do CPC**, a hipótese apresentada **é a de que** diferentes finalidades normativas apontam para soluções diversas ou mesmo opostas, quando for necessário aplicar todas elas: é o que o Código chama **de ?colisão de normas?**. Segundo os mesmos autores, quando o Código fala de ponderação, pode ser o caso de emprego do método de proporcionalidade, por exemplo. Caso seja hipótese de lançar mão do postulado da ponderação particularmente no caso, **o juiz deve ?justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão?**. Entretanto, caso seja hipótese de emprego da proporcionalidade, deve o magistrado explicitar a relação entre meio e fim bem como justificar argumentativamente a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da decisão. Ainda **de acordo com** a lição dos

15

autores, o emprego genérico de postulados normativos, sem qualquer ligação com suas funções previamente estabelecidas pelo código e aquilo que é autorizado judicialmente para cada caso concreto, constitui violação ao dever fundamental de fundamentação analítica (ARENHART et al, 2020).

5 NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: **O CASO DO RECURSO ESPECIAL** 1.765.579-SP

Examinando a posição **da ponderação de normas no Código de Processo Civil**, bem como sua conceituação na doutrina, passa-se agora ao exame **de um caso em que** essa técnica foi aplicada em um **caso concreto**, a saber, **no recurso especial 1.765.579-SP**. O estudo de caso do recurso em questão possibilitará a compreensão de como **a ponderação de normas**, técnica normativa que, como ficou claro nos tópicos anteriores, acabou ganhando destaque na passagem ao paradigma neoprocessualista, acontece na prática.

? O recurso especial 1.765.579-SP foi interposto **pela Sociedade Beneficente Muçulmana impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Em suas razões, a parte alegava **a violação dos seguintes dispositivos** (acrescidos das suas **respectivas teses**):

- a) art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 - apontando a omissão do acórdão recorrido quanto aos motivos para priorizar o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa; e**
- b) art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015 - alegando que o Tribunal de origem não justificou os critérios gerais da ponderação de princípios conforme**

determina a nova legislação processual, isto é, enunciando as razões que autorizavam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentaram a conclusão. (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

? A ação de origem é de natureza indenizatória e foi ajuizada pela Sociedade Beneficente Muçulmana contra a Google Brasil Internet Ltda. O objetivo era a remoção de vídeo disponível na plataforma YouTube da música "Passinho do Romano", sob a alegação de que tal conteúdo ofendesse a religião islâmica em virtude do uso indevido de passagens do Alcorão. De acordo com a parte autora, o videoclipe veiculado pela empresa ré, bem como a respectiva canção do gênero funk que o acompanha, utilizaram trechos remixados do Alcorão, livro considerado

16

sagrado para religião muçulmana, que, segundo a parte autora, somente poderiam ser recitados dentro de um contexto próprio da liturgia da religião em questão.

? O juízo de primeiro grau declarou improcedente a demanda, ressaltando que sendo a ré mera provedora de hospedagem do conteúdo, não possuiria dever de monitoramento e fiscalização permanente do sistema, de modo que ela não poderia ser responsabilizada pelos vídeos inseridos na plataforma YouTube por terceiros usuários. Mediante a ponderação dos princípios da liberdade de expressão e da liberdade religiosa, a sentença concluiu pela ausência de ilicitude pela razão de que a obra em si mesma considerada não possuiria elemento discriminatório (o assim chamado hate speech) sendo, antes, manifestação da cultura popular, tutelada constitucionalmente pelo direito à liberdade de expressão (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online).

? Tal entendimento foi corroborado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao negar a apelação da parte autora. No acórdão, a Corte estadual analisando os fatos e as provas, bem como o teor das mídias impugnadas, asseverou que "a canção sequer menciona ou faz alusão, positiva ou negativa, ao islamismo e seus seguidores", e a respeito da alegação da parte autora de que a mera incorporação à canção de trechos do Alcorão por si só configuraria ilicitude, salientou que: a inserção de trecho do Alcorão na música e nos vídeos pode ser conduta rechaçada pela religião islâmica e um desrespeito aos preceitos subjetivos dos muçulmanos, mas não é um desrespeito à liberdade de crença religiosa ou ao sentimento religioso, nem ato que rompe os limites do exercício da liberdade artística.

Aliás, como os direitos fundamentais se estendem a todos, a insatisfação da comunidade religiosa pode se manifestar no próprio campo do exercício da liberdade de expressão, sobretudo por meio da crítica, o que é inerente ao

jogo democrático de uma sociedade plural.

A insatisfação não constituirá razão suficiente, porém, para provocar a tutela jurisdicional do Estado e materializar um mecanismo de censura (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2016, online)

? Ademais, segundo o entendimento da corte paulista, não se poderia proibir a reprodução de conteúdo de um livro religioso com fundamentos em dogmas erigidos pela própria obra, pois isso seria o mesmo que permitir que uma regra religiosa que vincula àqueles que a ela pertencem pudesse ser dotada de eficácia abstrata a todos indiscriminadamente (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Inconformada, a parte autora opôs embargos declaratórios alegando existência de omissão e obscuridade no acórdão. Segundo ela, o Tribunal se negou a analisar o real teor de suas alegações, quais sejam: a tese de que a violação à liberdade

17

religiosa decorreria da simples utilização dos trechos sagrados em vão, fora do contexto da liturgia (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Sendo os aclaratórios rejeitados pela corte, houve ensejo a um recurso extraordinário e ao recurso especial, objeto do presente tópico.

? No Recurso Especial a recorrente alega mais uma vez a nulidade do acórdão, com base na violação do arts. 1.022 do CPC/2015 e do 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. Em síntese, suas teses são:

(i) a suposta omissão quanto aos motivos para priorizar o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa, e

(ii) a não explicitação dos critérios gerais da ponderação de princípios efetuada, conforme disposto no § 2º do art. 489 do CPC/2015. (Superior Tribunal de Justiça, 2016, online)

? A corte então apresentou sua argumentação em dois pontos: no primeiro, sobre a ausência de violação do art. 1.022 do CPC/2015; no segundo, sobre a motivação das decisões judiciais e da técnica de ponderação no CPC/2015 (Superior Tribunal de Justiça, 2016). A respeito do primeiro, a corte reforça o entendimento da instância inferior, sustentando que o Tribunal indicou adequadamente os motivos que formaram o seu convencimento, não se vislumbrando nem omissão, nem contradição, obscuridade ou erro material para efeito do que dispõe o art. 1.022 do CPC/2015.

No segundo ponto, a argumentação vai se centrar na hipótese de ponderação de normas, ancorada no art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. A recorrente afirma no recurso que o Tribunal não explicitou os critérios nem as razões adotadas para

conferir primazia à liberdade de expressão artística sobre a inviolabilidade de liturgia religiosa, princípios fundamentais assegurados nos incisos IX e VI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, respectivamente (Superior Tribunal de Justiça, 2016, online).

Antes de adentrar na análise dos debates constantes na decisão da corte, cumpre tecer uma análise mais detida acerca do Artigo 489. Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a motivação da sentença tem por finalidade imediata demonstrar ao próprio magistrado a lógica jurídica que legitima a decisão, mostrando à parte sucumbente que ela não é fruto da sorte e do acaso, antes decorrendo da lei (NERY, 2018).

A falta ou deficiência na fundamentação gera nulidade, conforme o artigo 93, IX, da Constituição Federal. Em relação ao §2 do artigo, os autores defendem que

18

se restrinja o uso da ponderação às normas constitucionais, como os princípios e direitos fundamentais, argumento levantado por eles que também será usado pelo Tribunal no contexto da discussão do Recurso Especial e será mais detalhadamente examinado abaixo. Quanto à interpretação da decisão judicial, os autores pontuam que ela deve ser interpretada levando em consideração todos os seus componentes em conjunto, devendo ser considerados como um todo orgânico. Ainda pontuam o dever de atitude de boa fé na interpretação da sentença, não devendo-se pautar ela pela distorção do que foi dito pelo juiz (NERY, 2018).

Prosseguindo agora para a análise do debate levantado na decisão pelo Tribunal, a corte, analisando detidamente o significado da demanda, afirma que:

De certa forma, pode-se considerar que o objetivo derradeiro da norma é dar concretude ao que determina o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, garantindo meios para que a interpretação corresponda à entrega de uma prestação jurisdicional efetiva (Superior Tribunal de Justiça, 2016, online)

? A que a sentença avalia que a norma em questão, a saber, § 2º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, suscitou controvérsias no meio doutrinário, em especial pela imprecisão da expressão "colisão entre normas", bem como a incorporação no sistema brasileiro da complexa teoria da ponderação desenvolvida por Robert Alexy (Superior Tribunal de Justiça, 2016, online).

Aferindo a doutrina, o Tribunal referencia uma série de autores que examinaram o referido artigo. Os autores em questão são: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery; Georges Abboud e Júlio César Rossi; Fredie Didier; e Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues.

Segundo a lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a ponderação ali prevista deveria se limitar somente a direitos fundamentais e a princípios constitucionais. De acordo com eles:

"(...) A nosso ver, existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica ? as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de que se refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais." (NERY, 2018, p. 1164)

Pelo trecho usado na decisão, pode-se concluir que os autores em questão são mais conservadores em relação à técnica de ponderação. Eles avaliam que a

19

existência dessa técnica surgiu com a finalidade de superar dificuldades na aplicação de normas que são do Direito Constitucional, como os direitos fundamentais e princípios constitucionais. Para eles, a utilidade da ponderação se restringe a situações em que, na aplicação dessas normas, forem insuficientes as regras da hermenêutica jurídica tradicional. Os autores defendem a posição de que não é adequada a interpretação de que qualquer antinomia pode ser resolvida por ponderação de normas.

? O Tribunal em seguida, mobiliza outros autores na análise, Georges Abboud e Júlio César Rossi, para os quais o dispositivo em questão seria inconstitucional: Há incompatibilidade substancial entre o que preceitua o artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil e o que determina nossa tradição em fundamentar toda a decisão judicial e administrativa, colocando em colapso a recém (e ainda mal compreendida) estrutura do próprio Código, notadamente ao negar vigência aos artigos 10, 11, 489, § 1º, 926 e 927.

A ponderação de regras - genuíno caso brasileiro - limita-se a uma decisão subjetiva do aplicador na medida em que escolheria de forma ad hoc, diante de um caso (ou de uma tese, como querem os vanguardistas), o qual das regras seria afastada em face desse sopesamento. Mais precisamente, ao ponderar regras, torna-se possível ao julgador afastar determinada prescrição legislativa sem realizar o controle de constitucionalidade da lei. Esse afastamento, sem a intermediação do controle difuso de constitucionalidade, é impensável em uma democracia. Daí a

inconstitucionalidade do § 2º, ele é um paradoxo porque se trata de dispositivo legal que pode dar vazão a uma aplicação do direito nos padrões da escola de direito livre, criticada desde P Heck (ABBOUD et al. 2017, p. 135)

Os autores aqui discutidos pela corte acreditam que a ponderação de normas contidas no § 2º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 seria inconstitucional. Segundo eles, ao afastar uma norma em favor de outra, se estaria abrindo espaço para a subjetividade do juiz na decisão uma vez que esse afastamento seria feito de modo ad hoc, ou seja, de caso em caso. Além disso, segundo eles, ao afastar uma regra, sem antes passar pelo crivo do controle difuso de constitucionalidade, se estaria agindo de modo inconstitucional. Pelo trecho usado pelo Tribunal, pode-se inferir que os autores consideram o instituto da ponderação no Código de Processo Civil algo perigoso e que faria referência à escola de direito livre, que segundo eles, já tem sido criticada na doutrina há muito tempo.

Já para outro autor elencado na decisão, Fredie Didier, o dispositivo em questão deve apenas orientar como o julgador deve agir e determinar o conteúdo mínimo da decisão em hipótese de conflito normativo. Segundo ele:

20

O primeiro passo é saber se se trata de conflito entre regras ou entre princípios.

Segundo Alexy, para solucionar um conflito entre regras é necessário que uma das regras integre uma hipótese de exceção à outra, ou então que uma delas seja invalidada e expurgada do ordenamento, em nome da subsistência da outra, verificando-se, pois, se a regra está dentro (como exceção) ou fora (por invalidação) do ordenamento. Dessa forma, constatada a contradição entre 'juízos concretos de dever-ser', se ela não pode ser sanada com a inserção de uma 'cláusula de exceção' em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada.

Essa não é, contudo, a solução para a colisão entre princípios. Nesses casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado. Na verdade, em uma 'dimensão de pesos' (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro - caso em que o conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento.(DIDIER, 2018, p. 373-374)

? Neste caso, o autor destaca que o primeiro passo na hipótese de conflito de normas é estabelecer se se trata de conflito entre regras ou entre princípios, dois tipos básicos de norma, como se demonstrou no tópico acima. Para ele, seguindo a linha do pensamento de Robert Alexy, em se tratando de conflito de regras, caso não se possa sanar a contradição entre elas, uma exclui a outra em caso de conflito, sendo uma válida e outra inválida. De modo diferente ocorre quando há conflito entre os princípios, onde o que se leva em consideração é o peso de cada um deles, devendo o aplicador verificar na situação prática do caso concreto qual pesa mais que o outro, devendo este ter preferência sobre o outro.

? E ainda, segundo a doutrina do autor citado pela corte, aprofundando a discussão, refletindo sobre a distinção entre princípios e regras, afirma ser partidário da tese de que a ponderação também pode ser usada na hipótese de eventual conflito de regras:

As regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias; às regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão de ponderação.

Nas suas palavras, 'a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador

O importante é que, qualquer que seja a técnica utilizada para superar o conflito normativo, ela exige do juiz uma justificação. Não basta dizer, por exemplo, que uma regra constitui exceção do que diz a outra, ou que, no caso concreto, um determinado princípio deve prevalecer sobre outro (DIDIER, 2018, p. 374-375)

21

? Segundo o autor, portanto, é o caso de utilizar a técnica de ponderação também as regras. Por fim, ele declara que em todas as hipóteses que for preciso usar a ponderação de normas, deve o juiz justificar ela, sendo este ponto muito importante.

Em seguida, na decisão, o Tribunal menciona a doutrina de Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues, que é voltada a reconstruir os debates legislativos travados na ocasião da confecção do diploma processual. A respeito do § 2º do art. 489 do CPC/2015, a corte ressalta a conclusão dos autores

sobre alguns pontos:

Primeiro ponto: por trás da redação do dispositivo que incluiu a previsão de colisão e ponderação de normas no novo Código de Processo Civil, sempre esteve presente - e de maneira inequívoca - a preocupação com a adequada exposição das razões que justificam as decisões jurídicas, especialmente daquelas que se fundamentam em conceitos indeterminados princípios e demais elementos que poderiam ocultar decisões subjetivas.

Segundo ponto: em nenhum momento foi proposta uma redação que indicasse uma sugestão ou determinação do uso da ponderação como elemento de fundamentação de decisão. Os termos 'colisão' e 'ponderação' foram incluídos no novo Código pelo reconhecimento de que eles já constituem argumentos usados para fundamentar decisões questionáveis.

Quinto ponto: não houve preocupação quanto à definição qualitativa e/ou formal da norma passível de colisão e, por conseguinte, que enseja ponderação. Em tese, da redação do enunciado podem derivar confusões de diversas ordens.

Sexto ponto: não se viu na elaboração do novo Código qualquer preocupação quanto à definição de algo como um método oficial de ponderação. O único pressuposto da ponderação é a colisão de normas.

Por conseguinte, não há espaço para controle de doutrinalidade das decisões: atendidos os requisitos impostos pelo art. 489, uma decisão não pode ser considerada inválida por não ter seguido a fórmula de ponderação do X ou Y.

Sétimo ponto: mesmo assim, não é qualquer caso de colisão de normas que habilita o uso da ponderação para fundamentar uma sentença. Os critérios de resolução de antinomia apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por exemplo, não foram revogados pelo novo Código. Lei posterior continua revogando a anterior, a lei especial continua revogando a geral, etc. (MEIRA, 2015, p. 79-80).

? Os autores levantam alguns pontos a respeito da técnica de ponderação de normas, a que a decisão do Superior Tribunal de Justiça seleciona cinco: a) a discussão que permeou a redação do artigo teve sempre a preocupação com a fundamentação da decisão que tivesse que empregar a técnica de ponderação; b) no âmbito da discussão da redação do artigo, a ponderação não foi usada em nenhum momento como elemento de fundamentação da decisão, antes os termos ?colisão? e ?ponderação? foram adotados pelo reconhecimento de que eles já vêm sendo usados como argumentos para fundamentar decisões controversas; c) não

houve a devida delimitação do tipo de norma que pode ser objeto da ponderação, o que acabou gerando discussões e controvérsias; d) não houve, **na elaboração do Código**, a preocupação em determinar claramente **um método oficial de ponderação**, sendo dificultado o controle pela doutrina da **aplicação da técnica**; e) **não é qualquer caso** que autoriza **o uso da ponderação para fundamentar** a sentença automaticamente, sendo importante salientar que ainda há a vigência da **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, que também tem métodos **de resolução de antinomias**.

Feito esse apanhado doutrinário, a corte constata um estado paradoxal de coisas: **a ausência de critério claro de como e em quais casos deve ser** usada a ponderação terminou por produzir **receios de que o dispositivo em** questão, que teve por finalidade diminuir a discricionariedade, acabou abrindo espaço para insegurança jurídica, dando abertura para que em sua aplicação surgissem decisões eivadas de aspectos subjetivos **e alheios ao direito positivo** (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online).

? Feita essas considerações, a corte lança mão da interpretação sistemática, **à luz dos objetivos que orientam o Código de Processo Civil**: o aprimoramento de **técnicas processuais com a finalidade de** alcançar maior efetividade na **prestação** jurisdicional e **à orientação no sentido de** criar **uma jurisprudência íntegra, estável e coerente** (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017).

Neste sentido a corte fixa **os seguintes entendimentos** sobre o tema:

- a) **o § 2º do art. 489 do CPC/2015 estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade da decisão judicial, sem revogar outros critérios de resolução de antinomias, tais como os apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;**
- b) **apenas se configura a nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador;**
- c) **o exame da validade/nulidade da decisão que aplicar a técnica da ponderação deve considerar o disposto nos arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015, segundo os quais a decisão judicial constitui um todo unitário a ser interpretado a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite;**

d) em recurso especial, a pretensão de revisão do mérito da ponderação efetuada pelo Tribunal de origem pressupõe que se trate de matéria

23

infraconstitucional, além da indicação, nas razões recursais, das normas conflitantes e das teses que embasam a sustentada violação/negativa de vigência da legislação federal;

e) tratando-se de decisão fundamentada eminentemente na ponderação entre normas ou princípios constitucionais, não cabe ao STJ apreciar a correção do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

Ou seja, a tese fixada pela corte determina como critério de nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 quando não for possível verificar, nos fundamentos da decisão, o motivo pelo qual a ponderação foi necessária no caso concreto e como se estruturou o juízo valorativo do aplicador. A respeito da validade da decisão que aplicar a técnica de ponderação, o Tribunal afirma que devem ser levados em consideração os dispostos no artigo 282 e 489, §3, do Código de Processo Civil, segundo a qual a decisão deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos, em conformidade com o princípio da boa-fé, ponto este que foi examinado acima na discussão sobre o artigo 489 a partir da doutrina de Nery (2018), não havendo nulidade quando não se verificar prejuízo à parte que o alega, ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte que possa se aproveitar da nulidade.

Quanto ao caso concreto, a corte atesta que a sua solução não é trivial no âmbito da hermenêutica constitucional, sendo antes considerada verdadeiramente o que se convencionou a chamar de hard case (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). O dispositivo da decisão consta como:

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial apenas quanto ao pedido de decretação da nulidade do acórdão recorrido e, nessa extensão, nego-lhe provimento. Na origem, os honorários sucumbenciais foram fixados, por equidade, em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) ficando majorados para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária a partir da publicação do presente acórdão, a serem pagos em favor da parte recorrida, nos termos do art. 85, §§ 8º e 11, do CPC/2015. É o voto. (Superior Tribunal de Justiça, 2017)

Deste modo, a corte decide no sentido de não acolher a pretensão da parte autora, não vislumbrando nulidade do acórdão, que é considerado pelo Tribunal

como tendo motivação racional. Esse entendimento leva em consideração o fato de acórdão recorrido ter, segundo a corte, **enfrentado todas as questões relevantes necessárias à solução da controvérsia e também ter apresentado de forma clara o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada por meio da exposição das razões fáticas e também jurídicas que fundamentaram o seu convencimento pela**

24

prevalência da liberdade de expressão (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Portanto, restou decidido **o caso concreto** pela adequação da decisão da instância inferior quanto à aplicação **da ponderação de normas**, afastando-se a tese da parte recorrente a respeito de sua alegada inadequação.

O Tribunal também fixa entendimento do que deve ser considerado adequado quando da aplicação do instituto **da ponderação de normas**, para eventuais casos futuros. O próprio **Superior Tribunal de Justiça**, classifica o caso como um hard case, demonstrando a complexidade **que a ponderação** pode apresentar **em cada caso** concreto, que, entretanto, teve uma solução para essa complexidade dada pela corte, **a partir do** estabelecimento de uma diretriz firmada por ela quando for necessária a avaliação da adequação do instituto no contexto da sua aplicação nos casos concretos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

? O presente artigo teve por objeto a compreensão da mudança ocorrida no **Direito Processual Civil**, quando o paradigma neoprocessualista se tornou dominante. Para tal, se examinou a **técnica de ponderação de normas**, **que**, como foi explicitado, constitui uma técnica que acabou ganhando mais relevo no processo civil quando da passagem para o paradigma neoprocessualista, podendo ser considerada uma técnica representativa dele.

Para compreender esse novo paradigma processual, **a partir do** método de pesquisa documental se examinou suas origens na história e na filosofia, **a partir de** uma mudança mais geral no Direito, da dominância da perspectiva positivista para a perspectiva pós-positivista, ocasionada no século 20. Também foi relacionado o neoprocessualismo com o novo paradigma do Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo.

Pontuada a importância **que a ponderação de normas** passa a ter neste contexto, se analisou o lugar desta técnica normativa **no Novo Código de Processo Civil**, momento em que também foi analisado o seu conceito **por parte da** doutrina. Essa discussão pôde ser melhor contextualizada quando foi examinado a sua aplicação na prática **a partir da** análise **do Recurso Especial 1.765.579-SP**, onde, no âmbito **do caso concreto**, a corte, na decisão, examinou a natureza **da ponderação de princípios no Novo Código de Processo Civil**, fixando teses de sua aplicação.

A **ponderação de normas** constante no artigo 489 **do CPC se** revelou ter

25

aplicação complexa, podendo ocasionar o **que o Tribunal** chamou **de hard case**.
Entretanto, **no caso concreto** objeto de estudo, a corte **decidiu a questão**, fixando
também teses gerais sobre **nulidade por violação do §2 do artigo 489** e sobre **a**
ponderação de normas.

?

REFERÊNCIAS

26

ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. **Riscos da Ponderação à Brasileira**. São Paulo: **Revista de Processo**, vol. 269/2017, p. 109-138, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil - vol. II. 6. ed. rev., atual. e ampl.** - São Paulo: **Thomson Reuters Brasil**, 2020.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios - 18 ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2018.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 48, n. 189, jan/mar. 2011.

BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico. Trad. Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. DOU, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. DOU, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, número vol.17, dez, 2008.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, vol. 3 - Salvador: Ed. JusPodivm**, 2018.

LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, vol. 14, n. 56, p. 74 - 107, out-dez, 2011.

MEIRA, **Daniilo Christiano Antunes** e RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Colisão e ponderação de normas na elaboração do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. vol. 246. São Paulo: Ed. RT**, 2015.

NERY JR., Nelson e NERY, **Rosa Maria de Andrade**. **Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. -São Paulo: Thomson Reuters Brasil**, 2018

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 26, 2006.

27

_____. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, vol. 2, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.765.579 - SP (2017/0295361-7), Relator Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva**, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>>;. Acesso em: 21 mai. 2025

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível nº 1024271-28.2015.8.26.0100, Relator Viviani Nicolau, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Processos>>;. Acesso em: 21 mai. 2025.

VAUGHN, Gustavo Favero; VEIGA, Natália Salva. Reflexões sobre a técnica da ponderação no Novo Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol.971, set, 2016

=====

Arquivo 1: [TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf](#) (8146 termos)

Arquivo 2: www.passeidireito.com/arquivo/99229332/pa-1-jurisprudencia (6750 termos)

Termos comuns: 2025

Índice de similaridade antigo: 15,73%

Novo índice de similaridade: 24,85%

Índice de agrupamento: Alto

O texto abaixo é o conteúdo do documento **Arquivo 1**. Os termos em vermelho foram encontrados no documento **Arquivo 2**. Id da comparação: db257a60f3a487fx312

=====

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Salvador
2025



DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

**NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP**

Artigo apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade Católica do
Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador
2025

2

**NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP**

Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco¹
Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo compreender o neoprocessualismo **sob o prisma** da **aplicação da técnica de ponderação de normas**. Em um primeiro momento se situa a compreensão do paradigma neoprocessualista em seu contexto histórico e teórico mais amplo, relacionando o seu surgimento com acontecimentos da história recente e com uma mudança mais ampla de paradigma filosófico dentro do Direito, representada pela passagem do paradigma positivista para o pós-positivista. Em seguida, se analisa a relação do neoprocessualismo com o neoconstitucionalismo, novo paradigma do Direito Constitucional. Na sequência, se estuda **a ponderação de normas** propriamente dita, situando a técnica dentro **do Novo Código de Processo Civil**, bem como sua formulação conceitual na doutrina. Por fim, se examina **o Recurso Especial** 1.765.579-SP como estudo de caso, visando contextualizar a discussão em um **caso concreto**. O presente estudo foi construído tomando como método a pesquisa documental, mobilizando, além **do julgado em** questão, livros e artigos de autores que tem o mesmo tema como objeto.

Palavras-chave: Neoprocessualismo. **Ponderação de Normas**. Novo CPC. Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. 3. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO. 4. NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A **TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS**. 5. NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: **O CASO DO RECURSO ESPECIAL** 1.765.579-SP. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, não apenas como apenas sistema de normas mas sobretudo enquanto fenômeno teórico, passou por profundas transformações. Catastróficos acontecimentos do século 20, em especial a Segunda Guerra Mundial, motivaram o pensamento jurídico a reformular o seu paradigma filosófico, ou seja, seus aspectos teóricos mais amplos e fundamentais. **Uma vez que** que muitos daqueles

² Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodium, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador ? UCSAL, Professor de Direito da Universidade Católica do Salvador. E- mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.

¹ Graduando do **Curso de Direito** da Universidade Católica do Salvador. E-mail: danilo.pacheco@ucsal.edu.br

acontecimentos ocorreram sob a perfeita adequação ao Direito vigente à época, fez-se necessário pensar e construir um novo paradigma para o pensamento jurídico, com vistas a impedir que catástrofes como aquelas voltassem a ocorrer. Sendo o paradigma dominante naquele momento de crise o positivismo jurídico, surgiu como sua contraposição o pós-positivismo jurídico. A principal mudança que este novo paradigma apresentou foi a relativização da distinção entre Direito e Moral, admitindo-se, nesta perspectiva, critérios materiais de validade das normas. Essa mudança de orientação teórica influenciou tanto o Direito Constitucional como o **Direito Processual Civil**. No Direito Constitucional, como correspondente do pós-positivismo neste ramo, surge o neoconstitucionalismo, tendo por característica central o caráter normativo da constituição bem como a vinculação **dos direitos fundamentais** a todos os ramos do direito. Isso em forte contraste com a concepção positivista de constituição, que atribuía a esta um caráter meramente formal. Já no âmbito do **Direito Processual Civil**, o pensamento consequente ao pós-positivismo é o neoprocessualismo que tem por principal característica o maior relevo **dos princípios e** dos valores dentro do processo. Central no neoprocessualismo é a busca por acesso à justiça, bem como a mitigação dos excessos formalistas do paradigma anterior.

Uma mudança que se sobressai **no Direito Processual Civil** quando da passagem para o paradigma neoprocessualista é o maior relevo **da técnica de ponderação de normas** sobre a técnica de subsunção. A subsunção é a tradicional aplicação da norma certa aos fatos, já a ponderação, no Direito Brasileiro, aparece no **Código de Processo Civil** no artigo art. 489, § 2, no contexto da sentença, onde, havendo hipótese **de colisão de normas**, o juiz deverá **justificar o objeto e critérios gerais da ponderação efetuada**, explicitando as razões de afastamento de uma das normas **e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão**.

Para cumprir tal objetivo, será usado como estudo de caso a análise do REsp 1.765.579 - SP, onde **a ponderação de normas** é aplicada e também discutida em decisão **pele Superior Tribunal de Justiça**. A pergunta central do artigo é: como é exercida **a ponderação de normas na prática**, técnica representativa do novo paradigma neoprocessualista?

4

Neste sentido, o objetivo deste trabalho é compreender essas mudanças teóricas que o Direito passa, em especial **no Direito Processual Civil**. Para tal, se investigará especialmente a **técnica de ponderação de normas, uma vez que** a mudança **para uma maior** relevância **da técnica de ponderação** sobre a subsunção constitui-se como uma das mais significativas que ocorreram quando da passagem

ao novo paradigma, o neoprocessualismo. O presente trabalho busca, portanto, através do método de pesquisa documental e revisão bibliográfica, compreender como essas mudanças teóricas se manifestam no âmbito do **Direito Processual Civil**.

2 NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

? **A necessidade de se** pensar um novo paradigma para o pensamento jurídico remonta ao século 20. Uma vez tendo-se derrotado os regimes totalitários no continente europeu, se constatou indispensável a tarefa da **criação de uma** nova estrutura teórica para o Direito que estabelecesse, por um lado, direitos e garantias individuais que protegessem o cidadão de eventuais abusos pelo Estado ou quaisquer outras formas de poder e, por outro, mecanismos de controle da Constituição, ocasionando a criação da assim chamada jurisdição constitucional (CAMBI, 2008). É importante, entretanto, que inicialmente se compreenda as características do paradigma anterior ao que seria contraposto posteriormente em resposta a essa crise: O positivismo jurídico. Segundo Bobbio (2015), o positivismo pode ser compreendido tanto como modo de aproximar-se do Direito, tanto como uma teoria ou concepção do mesmo ou ainda como uma ideologia de justiça (BOBBIO, 2015).

Como modo de se aproximar do Direito, o positivismo jurídico seria marcado pela clara distinção entre Direito real e Direito ideal. Seria justamente pela ênfase no Direito real em contraposição ao ideal que ele se caracterizaria. Essa ênfase conferiria ao positivismo jurídico um caráter que poderia ser chamado de científico (BOBBIO, 2015).

Já como teoria do Direito, o positivismo jurídico se caracteriza por acentuar fortemente a ligação do Direito com o Estado, ou seja, o positivismo seria uma teoria estatalista do Direito. Ainda **de acordo com** Bobbio (2015), isso confere à teoria positivista algumas consequências: a) Com relação à definição do Direito, a teoria

5

da coatividade, que o define como sistema **de normas que** se fazem valer pelo uso da força. b) Com relação a teoria da norma, a teoria imperativista, **de acordo com a** qual a norma jurídica é um comando; c) Com relação às fontes do Direito, a supremacia da lei sobre as demais fontes; d) Com relação ao ordenamento jurídico, a ele é atribuído o caráter de completude e, por consequência, de ausência de antinomias; e e) **Em relação ao** método da ciência jurídica, a consideração da atividade do jurista como essencialmente lógica (BOBBIO, 2015).

Por fim, ainda segundo Bobbio (2015), como ideologia, o positivismo jurídico representa a crença em certos valores. Esses valores atribuem ao Direito existente

um valor positivo independente de qualquer Direito ideal. Isso ocorre de duas maneiras: a) O Direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, ou seja, como emanção de uma vontade dominante, é justo **no sentido de que o** critério para avaliar a sua justiça seria exatamente o mesmo que seria usado para julgar sua validade ou invalidade; e b) o Direito positivo serve, por sua própria existência e independente de qualquer valor moral, à consecução de certos fins desejáveis, como a ordem, a paz e de modo geral à justiça legal. Desses dois valores, segue-se que, para a ideologia positivista, a norma jurídica deve ser obedecida de per si (BOBBIO, 2015).

? Por mais estruturado que fosse o pensamento positivista, ele enfrentou sérias críticas, sobretudo no decorrer do século 20. Decisões extremamente apartadas de qualquer noção **de justiça como** as que atravessaram todo o regime fascista e nazista não poderiam mais ser aceitas pela sociedade (BICALHO et al, 2011). Nesse contexto histórico dramático, se abriu um ambiente propício para renovação dentro do pensamento jurídico, e é neste contexto que surge o pós-positivismo ou o não positivismo (BICALHO et al, 2011). Segundo Bicalho e Fernandes (2011) a crise do pensamento positivista pode ser explicitada em duas razões centrais: a) a pluralidade das sociedades pós-modernas, que acabaram evidenciando a limitação da noção de completude do sistema positivo codificado; e b) pela dificuldade apresentada pela concepção positivista quando da necessidade de mitigar **a aplicação de** normas positivas, quando for **o caso de** ser flagrante que as soluções por elas apresentadas no momento da aplicação forem absurdas ou desproporcionais (como **no caso do** sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista) (BICALHO et al, 2011).

6

? O pós-positivismo conta como adeptos autores como Alexy, Dworkin, Bonavides e Barroso, dentre outros (BICALHO et al, 2011). Apesar desses autores possuírem entre si discordâncias dentro de suas perspectivas teóricas, um fio comum entre eles pode ser apontado como: a relativização da separação entre Direito e Moral, bem como a admissão de critérios materiais para a validade das normas. **Uma vez que** uma crítica central ao positivismo jurídico é **a falta de** critérios valorativos **para a aplicação** das normas, o pós-positivismo trabalha **no sentido de** conferir bases axiológicas, ou seja valorativas, para a sua aplicação, principalmente a partir do Direito Constitucional (BICALHO et al, 2011).

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO

? Diante deste contexto de mudança teórica, o Direito considerado enquanto

sistema de normas foi expressivamente afetado em seus ramos, sobretudo em dois dos mais fundamentais deles : o Direito Constitucional e o **Direito Processual Civil**. A mudança que se estabeleceu como decorrência dos fenômenos analisados no tópico acima no âmbito do Direito Constitucional é **o que se** denomina neoconstitucionalismo, que representa um novo paradigma dentro do Direito Constitucional. As alterações mais importantes que este novo paradigma apresenta, segundo Cambi (2008), podem ser sistematizadas em três aspectos distintos. O primeiro desses aspectos é o histórico e já foi delineado em suas linhas centrais no tópico anterior. Cumpre apenas destacar como marco legislativo a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, isto é a Grundgesetz, a Constituição alemã. Outras constituições também se compõem como marco da mudança para o paradigma neoconstitucionalista, quais sejam, as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978). No caso brasileiro, **a Constituição Federal** de 1988 sofre forte influência desses marcos legislativos, sobretudo por se caracterizar historicamente como passagem de um regime autoritário para um democrático, lançando as bases para um Estado Democrático de Direito no Brasil. Segundo Cambi (2008), apesar de a Constituição brasileira ter sofrido diversas reformas constitucionais ao longo do tempo, ela logrou criar uma cultura jurídica de valorização de um sentimento constitucional. Após sua promulgação, diversos episódios de instabilidade política, próprios da história recente do Brasil,

7

encontraram nela soluções, criticáveis **ou não, de** manutenção da estabilidade democrática. O segundo aspecto da alteração é o filosófico e também foi delineado em linhas gerais no tópico anterior, qual seja, a passagem para a tendência pós-positivista. Cumpre apenas destacar o papel dos princípios, que para essa nova matriz teórica, deixam de ter aplicação meramente secundária, isto é, de ter a função de apenas colmatar lacunas e passam agora a ter relevância jurídica na confirmação judicial de direitos (CAMBI, 2008).

Além dos aspectos históricos e filosóficos, o neoconstitucionalismo representa também expressivamente mudanças de natureza teórica. **De acordo com** Cambi (2008), seguindo a linha do pensamento do professor e ministro Luís Roberto Barroso, as mudanças teórica trazidas pelo novo paradigma podem ser divididas em três vertentes: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Segundo o autor, **ao afirmar que** as normas constitucionais têm força normativa, com isso estamos reconhecendo **que a Constituição** não é apenas uma carta política mas tem conteúdo jurídico imperativo. Isto é, a partir do momento em que se reconhece a Constituição como lei, seus

princípios e regras devem ter normatividade, regulando condutas e produzindo expectativas de comportamentos. Essa é uma concepção nova de Constituição, **uma vez que** se contrapõe a visão clássica, onde a carta constitucional era encarada apenas como declaração política, programa de futuro ou também mera exortação moral (CAMBI, 2008).

Neste contexto, a positividade da norma constitucional é sobretudo a vinculação positiva do legislador a ela, bem como **de todos os** órgãos concretizadores do Estado, seja o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário, que devem encarar a Constituição como diretivas materiais permanentes. Por fim, ela passa a funcionar como limites materiais negativos para o poder público em geral, passando a ser considerados inconstitucionais os atos que sejam contrários a ela (CAMBI, 2008).

Uma consequência dessa expansão da normatividade constitucional é a expansão da jurisdição constitucional. Ela se reflete na realidade **do Direito brasileiro** em especial pelo **controle de constitucionalidade**, havendo agora uma ampliação considerável deste mecanismo. A Constituição de 1988 acabou ampliando o controle

8

abstrato de constitucionalidade, alargando os legitimados ativos para propor as ações que o compõem e, também, criando outros instrumentos de jurisdição **constitucional como por exemplo a** Ação Direta de Constitucionalidade (CAMBI, 2008).

Por fim, a última vertente elencada por Cambi (2008) que expressa a mudança representada pelo neoconstitucionalismo em seu aspecto teórico, é o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Aqui se trata sobretudo da constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais (CAMBI, 2008).

Para o autor, houve uma mudança do centro gravitacional hermenêutico, ou seja interpretativo, dos códigos para a constituição. Essa nova orientação interpretativa não rompeu completamente com os clássicos métodos de interpretação jurídica, os tradicionais métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico: antes a nova dogmática de interpretação constitucional trazida pelo neoconstitucionalismo informa o intérprete que lançar mão dos métodos tradicionais, da teoria dos princípios, em prevalência sobre **a teoria das** regras. Segundo Cambi (2008), **de acordo com a teoria das** regras, prevalece a dicotomia validez-invalidéz, ou seja, diante de uma antinomia, o intérprete lançaria mão de critérios tradicionais como *lex superior derogat inferior*, *lex specialis derogat generalis* e *lex posterior derogat priori*. Mas, de maneira mais significativa para o autor, a característica fundamental que **a teoria das** regras conferire à hermenêutica jurídica **é a de** tudo ou

nada. Agora, com a primazia da teoria dos princípios, torna-se possível um ajuste às pretensões sociais legítimas, permitindo-se, por exemplo, solucionar-se colisões entre direitos fundamentais (CAMBI, 2008).

Particularmente, dessa mudança na interpretação jurídica, na qual existe, agora, um forte relevo e evidência da Constituição para o intérprete **do Direito na** aplicação, uma consequência direta se apresenta a outro ramo do Direito além do Direito Constitucional: o **Direito Processual Civil**. Entretanto, para que se possa compreender as mudanças apresentadas neste ramo como consequência dos fenômenos discutidos até então, é necessário analisar suas etapas de desenvolvimento.

As etapas de evolução do Direito Processo Civil são sobretudo metodológicas, podendo ser divididas em quatro fases (LOURENÇO, 2011). As

9

fases são: a) praxismo ou fase sincretista; b) processualismo ou fase do autonomismo; c) instrumentalismo; e por fim d) neoprocessualismo ou formalismo valorativo ou formalismo ético (LOURENÇO, 2011).

Em um primeiro momento, na fase do praxismo, **o que se** dava era a completa confusão entre o direito material e o direito processual. Nesta fase o Direito Processual não era autônomo, tendo pouca fundamentação teórica e científica construída pelos juristas. Entretanto, estudos de juristas alemães no século 19 sobre a natureza da ação e do processo contribuíram para a superação dessa etapa metodológica (LOURENÇO, 2011).

Superada essa etapa, surge a fase do processualismo, com **a perspectiva de** autonomia do processo. Agora ele começa a ser estudado mais profundamente e suas bases são lançadas cientificamente, em separado do direito material. Segundo Lourenço (2011), é nesta etapa, pela preocupação dos juristas em conferir autonomia ao processo **em relação ao** direito material, que surge o formalismo exagerado, ou seja, estudar **o processo em** si, sem a preocupação de que esse estudo possa fazer alguma referência imediata à realidade.

Interessante reflexão sobre o formalismo foi delineada por Oliveira (2006).

Refletindo sobre o formalismo processual, o autor o caracteriza, em sentido amplo, como a totalidade formal do processo, considerando especialmente a delimitação dos poderes. Forma, para esse autor, significa começo e fim, circunscrição de material a ser formado, estabelecimento de limites de ação e cooperação dos agentes dentro do processo (OLIVEIRA, 2006). O formalismo, para ele, visa controlar, sobretudo, eventuais excessos **que as partes** possam cometer, conferindo ordem ao procedimento. Segundo o autor, o formalismo se constitui enquanto elemento não só de efetividade como de segurança do processo. Entretanto, com o

passar do tempo, o pensamento formalista sofreu desgaste e passou a ser um formalismo excessivo.

O problema, segundo ele, é que esse poder organizador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do litígio acabe resultando em uma aniquilação do próprio direito ou em um retardamento irrazoável do processo (OLIVEIRA, 2006). Neste caso o formalismo acaba obstando que o instrumento atinja sua finalidade, a que sugere o autor que o jurista lance mão de uma atitude mais aberta, entretanto sem desprezar o formalismo, considerando **que no caso do** sistema brasileiro, este

10

possui meios suficientes **para a solução**, que, segundo ele, tem a forma de uma antinomia entre justiça e formalismo.

No terceiro momento de evolução metodológica, a fase do instrumentalismo, o processo passa a ser considerado como instrumento do direito material. Essa postura metodológica do Direito Processual, aparece agora como forma de corrigir os excessos formalistas da etapa metodológica anterior, que foi encarada como excessivamente técnica. Agora o processo não é visto como um fim em si mesmo, tendo surgido nesta etapa as ideias de promoção de maior acesso à justiça. Essa fase é, portanto, mais crítica (LOURENÇO, 2011).

Por fim, em sua última etapa de desenvolvimento metodológico, surge o neoprocessualismo ou formalismo valorativo, ou ainda formalismo ético. Nesta fase é onde o instrumentalismo interage com as mudanças de paradigma que ocorreram no Direito Constitucional. Oliveira (2014), ao refletir sobre essa última mudança no pensamento processual, chega mesmo a afirmar que se o processo não pode mais ser compreendido como mera técnica e sim como instrumento de realização de valores, em especial, valores constitucionais, podemos considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Lourenço (2011), sintetizando os pontos centrais da passagem ao paradigma neoprocessualista **no Direito Processual Civil**, os elenca como uma série de substituições: a) princípios no lugar de regras, ou pelo menos mais princípios do que regras); b) ponderação no lugar de subsunção, ou pelo menos, mais ponderação do que subsunção); c) justiça particular em vez de justiça geral, ou ainda, mais análise individual e concreta que geral e abstrata; d) Poder Judiciário em vez de Poder Executivo ou Legislativo, ou mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo ou Executivo; e) Constituição no lugar da lei, ou, maior e mais direta aplicação da Constituição no lugar da lei.

Para os fins do presente artigo, a compreensão da mudança que a passagem ao paradigma neoprocessualista ocasiona, se analisará de modo mais detido o ponto central elencado acima no item ?b? pelo autor, a prevalência da ponderação

sobre a subsunção. Para tal se estabelecerá tanto o lugar **da técnica de ponderação de normas no Código de Processo Civil**, quanto a sua definição na doutrina.

11

4 NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A **TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS**

O **Código de Processo Civil de 2015** é um marco da passagem ao neoprocessualismo nos termos acima delineados (VAUGHN et al, 2016). Já em seu primeiro artigo, ele consagra a interpretação constitucionalizada **de todos os** dispositivos nele contidos, reconhecendo em seu âmbito a força normativa da constituição (VAUGHN et al, 2016). Como ficou claro na discussão dos tópicos anteriores, é precisamente a presença mais forte do Direito Constitucional **no Direito Processual Civil** a característica central do paradigma neoprocessualista. Neste mesmo sentido, uma mudança significativa com o advento **do Novo Código de Processo Civil de 2015** foi no âmbito **do dever de fundamentação das decisões judiciais**, consagrado **no art. 489 do** referido diploma (VAUGHN et al, 2016). O artigo 489 estabelece que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

- I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;**
- II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;**
- III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.**

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;**
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;**
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;**
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;**
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;**
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em**

juízo ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL, 2015)

Esse dispositivo específico tem por inspiração direta o artigo 93, IX, da **Constituição Federal**, e determina certos critérios de qualidade a serem preenchidos para que a decisão possa ser considerada fundamentada. A razão de ser da

12

importância conferida à fundamentação é a defesa do jurisdicionado em relação aos eventuais julgamentos arbitrários que ele possa ser submetido (VAUGHN et al, 2016).

Entretanto, sendo objeto de estudo do presente artigo mais especificadamente a **ponderação de normas**, o dispositivo central a ser analisado é o parágrafo segundo do artigo 489. O parágrafo em questão possui a seguinte redação:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 2015)

Para que se possa compreender o artigo em questão, é necessário examinar o conceito **de ponderação de normas** na doutrina, tarefa que encontra na obra de Ávila (2018) uma contribuição notável.

Segundo o autor, normas jurídicas podem ser compreendidas como o resultado final da interpretação. A interpretação propriamente dita tem como objeto imediato os dispositivos jurídicos (ÁVILA, 2018). É possível, por exemplo, haver normas sem que haja um dispositivo específico e determinado a ela diretamente vinculados. **Por exemplo, no caso do princípio** da segurança jurídica. O autor, após reconstruir de maneira crítica a história da conceituação das espécies normativas **por parte da** doutrina, desenvolve a sua própria definição a respeito delas. Segundo ele:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja

aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2018, p. 102)

Ou seja, para ele, regras são normas descritivas, retrospectivas que tem como função ser parâmetro para decisão e serem abrangentes, tendo, na aplicação, **a necessidade de se** avaliar a correspondência entre os fatos e ela. Já os princípios são normas voltadas para um fim, tendo como função primordial ser uma orientação prática.

13

Existe, entretanto, além **dos princípios e** das regras, uma outra espécie de norma de fundamental importância: os postulados normativos. Essa espécie de norma é imediatamente metódica. Elas instituem critérios de aplicação para outras normas, que, essas sim, se situam no plano do objeto da aplicação (ÁVILA, 2018). Um desses postulados normativos é precisamente a ponderação. Segundo Ávila, **a ponderação de** bens consistiria em um:

Método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho é importante registrar **que a ponderação**, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil **para a aplicação do Direito**. É preciso estruturar a ponderação **com a inserção de** critérios (ÁVILA, 2018, p. 185).

Salienta também o autor que é importante separar e apreciar a sutileza dos elementos envolvidos na ponderação, quando da sua aplicação, quais sejam: a) os bens jurídicos; b) os interesses; c) os valores; por fim, d) os princípios. Os bens jurídicos seriam situações, estados ou propriedade essenciais particulares da promoção dos princípios jurídicos. Os interesses são os próprios bens jurídicos enquanto vinculados a algum sujeito que os procura obter. Já os valores são o aspecto axiológico, ou seja, valorativo, das normas, indicando **o que é bom**, isto é, **o que é digno de ser buscado ou preservado**. Por fim os princípios propriamente ditos,

são, para o autor, o aspecto deontológico dos valores, que além de demonstrar que algo deve ser buscado, determinam que este algo deve também ser promovido (ÁVILA, 2018).

Em relação às etapas da ponderação, isto é, as etapas da aplicação dessa espécie de norma, o mesmo autor a divide em três: a) preparação da ponderação (Abwägungsvorbereitung, em alemão, idioma no qual o conceito se originou); b) realização da ponderação (Abwägung); e, por fim, c) reconstrução da ponderação (Rekonstruktion der Abwägung). A primeira etapa, a da preparação **da ponderação**, é onde se analisam todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível. Na segunda etapa, a da realização da ponderação, o intérprete que aplica a ponderação vai fundamentar a relação estabelecida entre os objetos de sopesamento.

No caso da ponderação, nessa etapa deve ser indicado a relação da primazia de um objeto ponderado sobre o outro. Por fim, na reconstrução da

14

ponderação, se formam regras de relação, inclusive de primazia de um objeto sobre o outro, com pretensão de validade para além do caso (ÁVILA, 2018). Por fim, o autor destaca que **os critérios de ponderação** podem ser vários, devendo, entretanto, ter o intérprete que vai aplicar essa espécie normativa, a maior atenção aos princípios constitucionais e, também, as regras de argumentação que podem ser construídas a partir deles.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a ponderação de normas aparece no **Código de Processo Civil no § 2.º do art. 489 do CPC**. Segundo Arenhart, Marinoni e Mitidiero, o **Código de 2015** apresenta ao todo três postulados normativos ou seja, como visto acima, tipos **de normas que têm como objeto a aplicação de** outras normas: proporcionalidade, razoabilidade e ponderação (Arenhart et al, 2015). A proporcionalidade é o postulado normativo que visa estruturar **a aplicação de** duas normas que mantêm entre si relação de meio e fim. Já a razoabilidade, é o segundo postulado constante no **Código de Processo Civil**, e tem três acepções básicas, razoabilidade como equidade, congruência e como equivalência; por fim, **a ponderação de normas** seria, no Código, o postulado normativo que visa atribuir peso a elementos que se entrelaçam. Cada um desses postulados existe para solucionar determinados problemas específicos, tendo cada um deles sua própria estrutura de aplicação, bem como sua particular exigência aplicativa quando for necessária a sua aplicação **em cada caso** concreto (Arenhart, 2015).

Ocorre que dentre as diversas maneiras que as normas podem se relacionar entre si, **no caso do §2 do art. 489 do CPC**, a hipótese apresentada **é a de que** diferentes finalidades normativas apontam para soluções diversas ou mesmo

opostas, quando for necessário aplicar todas elas: é o que o Código chama de **colisão de normas**?. Segundo os mesmos autores, quando o Código fala de ponderação, pode ser o **caso de** emprego do método de proporcionalidade, por exemplo. Caso seja hipótese de lançar mão do postulado da ponderação particularmente no caso, **o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão**?. Entretanto, caso seja hipótese de emprego da proporcionalidade, deve o magistrado explicitar a relação entre meio e fim bem como justificar argumentativamente a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da decisão. Ainda **de acordo com a lição dos**

15

autores, o emprego genérico de postulados normativos, sem qualquer ligação com suas funções previamente estabelecidas pelo código e aquilo que é autorizado judicialmente para cada caso concreto, constitui violação ao dever fundamental de fundamentação analítica (ARENHART et al, 2020).

5 NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: O CASO DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Examinando a posição **da ponderação de normas no Código de Processo Civil**, bem como sua conceituação na doutrina, passa-se agora ao exame **de um caso em que** essa técnica foi aplicada em um **caso concreto, a saber, no recurso especial 1.765.579-SP**. O estudo de caso do recurso em questão possibilitará a compreensão de como **a ponderação de normas**, técnica normativa que, como ficou claro nos tópicos anteriores, acabou ganhando destaque na passagem ao paradigma neoprocessualista, acontece na prática.

? O recurso especial 1.765.579-SP foi interposto pela Sociedade Beneficente Muçulmana impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em suas razões, a parte alegava **a violação dos seguintes dispositivos** (acrescidos das suas **respectivas teses**):

- a) **art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 - apontando a omissão do acórdão recorrido quanto aos motivos para priorizar o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa; e**
- b) **art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015 - alegando que o Tribunal de origem não justificou os critérios gerais da ponderação de princípios conforme determina a nova legislação processual, isto é, enunciando as razões que autorizavam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que**

fundamentaram a conclusão. (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

? A ação de origem é de natureza indenizatória e foi ajuizada pela Sociedade Beneficente Muçulmana contra a Google Brasil Internet Ltda. O objetivo era a remoção de vídeo disponível na plataforma YouTube da música "Passinho do Romano", sob a alegação de que tal conteúdo ofendesse a religião islâmica em virtude do uso indevido de passagens do Alcorão. De acordo com a parte autora, o videoclipe veiculado pela empresa ré, bem como a respectiva canção do gênero funk que o acompanha, utilizaram trechos remixados do Alcorão, livro considerado

16

sagrado para religião muçulmana, que, segundo a parte autora, somente poderiam ser recitados dentro de um contexto próprio da liturgia da religião em questão.

? O juízo de primeiro grau declarou improcedente a demanda, ressaltando que sendo a ré mera provedora de hospedagem do conteúdo, não possuiria dever de monitoramento e fiscalização permanente do sistema, de modo que ela não poderia ser responsabilizada pelos vídeos inseridos na plataforma YouTube por terceiros usuários. Mediante a ponderação dos princípios da liberdade de expressão e da liberdade religiosa, a sentença concluiu pela ausência de ilicitude pela razão de que a obra em si mesma considerada não possuiria elemento discriminatório (o assim chamado hate speech) sendo, antes, manifestação da cultura popular, tutelada constitucionalmente pelo direito à liberdade de expressão (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online).

? Tal entendimento foi corroborado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao negar a apelação da parte autora. No acórdão, a Corte estadual analisando os fatos e as provas, bem como o teor das mídias impugnadas, asseverou que "a canção sequer menciona ou faz alusão, positiva ou negativa, ao islamismo e seus seguidores", e a respeito da alegação da parte autora de que a mera incorporação à canção de trechos do Alcorão por si só configuraria ilicitude, salientou que: a inserção de trecho do Alcorão na música e nos vídeos pode ser conduta rechaçada pela religião islâmica e um desrespeito aos preceitos subjetivos dos muçulmanos, mas não é um desrespeito à liberdade de crença religiosa ou ao sentimento religioso, nem ato que rompe os limites do exercício da liberdade artística.

Aliás, como os direitos fundamentais se estendem a todos, a insatisfação da comunidade religiosa pode se manifestar no próprio campo do exercício da liberdade de expressão, sobretudo por meio da crítica, o que é inerente ao jogo democrático de uma sociedade plural.

A insatisfação não constituirá razão suficiente, porém, para provocar a tutela

jurisdicional do Estado e materializar um mecanismo de censura (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2016, online)

? Ademais, segundo o entendimento da corte paulista, não se poderia proibir a reprodução de conteúdo de um livro religioso com fundamentos em dogmas erigidos pela própria obra, pois isso seria o mesmo que permitir que uma regra religiosa que vincula àqueles que a ela pertencem pudesse ser dotada de eficácia abstrata a todos indiscriminadamente (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Inconformada, a parte autora opôs embargos declaratórios alegando existência de omissão e obscuridade no acórdão. Segundo ela, o Tribunal se negou a analisar o real teor de suas alegações, quais sejam: a tese de que a violação à liberdade

17

religiosa decorreria da simples utilização dos trechos sagrados em vão, fora do contexto da liturgia (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Sendo os aclaratórios rejeitados pela corte, houve ensejo a um recurso extraordinário e ao recurso especial, objeto do presente tópico.

? No Recurso Especial a recorrente alega mais uma vez a nulidade do acórdão, com base na violação do arts. 1.022 do CPC/2015 e do 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. Em síntese, suas teses são:

- (i) a suposta omissão quanto aos motivos para priorizar o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa, e
- (ii) a não explicitação dos critérios gerais da ponderação de princípios efetuada, conforme disposto no § 2º do art. 489 do CPC/2015. (Superior Tribunal de Justiça, 2016, online)

? A corte então apresentou sua argumentação em dois pontos: no primeiro, sobre a ausência de violação do art. 1.022 do CPC/2015; no segundo, sobre a motivação das decisões judiciais e da técnica de ponderação no CPC/2015 (Superior Tribunal de Justiça, 2016). A respeito do primeiro, a corte reforça o entendimento da instância inferior, sustentando que o Tribunal indicou adequadamente os motivos que formaram o seu convencimento, não se vislumbrando nem omissão, nem contradição, obscuridade ou erro material para efeito do que dispõe o art. 1.022 do CPC/2015.

No segundo ponto, a argumentação vai se centrar na hipótese de ponderação de normas, ancorada no art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. A recorrente afirma no recurso que o Tribunal não explicitou os critérios nem as razões adotadas para conferir primazia à liberdade de expressão artística sobre a inviolabilidade de liturgia religiosa, princípios fundamentais assegurados nos incisos IX e VI do art. 5º da

Constituição Federal de 1988, respectivamente (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online).

Antes de adentrar na análise dos debates constantes na decisão da corte, cumpre tecer uma análise mais detida acerca do Artigo 489. Segundo **Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery**, a motivação da sentença tem por finalidade imediata demonstrar ao próprio magistrado a lógica jurídica que legitima a decisão, mostrando à parte sucumbente que ela não é fruto da sorte e do acaso, antes decorrendo da lei (NERY, 2018).

A falta ou deficiência na fundamentação gera nulidade, conforme o artigo 93, IX, da **Constituição Federal**. Em relação ao §2 do artigo, os autores defendem que

18

se restrinja o uso da ponderação às normas constitucionais, como os princípios e direitos fundamentais, argumento levantado por eles que também será usado pelo Tribunal no contexto da discussão do **Recurso Especial** e será mais detalhadamente examinado abaixo. Quanto à interpretação da **decisão judicial**, os autores pontuam que ela **deve ser interpretada** levando em consideração **todos os seus** componentes em conjunto, devendo ser considerados como um todo orgânico. Ainda pontuam o **dever de** atitude de boa fé na interpretação da **sentença**, não devendo-se pautar ela pela distorção do que foi dito pelo juiz (NERY, 2018).

Prosseguindo agora para a análise do debate levantado na decisão pelo Tribunal, a corte, analisando detidamente o significado da demanda, afirma que:

De certa forma, pode-se considerar que o objetivo derradeiro da norma é dar concretude ao que determina o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, garantindo meios para que a interpretação corresponda à entrega de uma prestação jurisdicional efetiva (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online)

? A que a sentença avalia **que a norma em** questão, a saber, § 2º do art. 489 do **Código de Processo Civil de 2015**, suscitou controvérsias **no meio doutrinário**, em especial pela imprecisão da **expressão "colisão entre normas"**, bem como a incorporação no sistema **brasileiro da complexa teoria da ponderação desenvolvida por Robert Alexy** (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online).

Aferindo a doutrina, o Tribunal referencia uma série de autores que examinaram o referido artigo. Os autores em questão são: **Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery**; **Georges Abboud e Júlio César Rossi**; **Fredie Didier**; e **Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues**.

Segundo a **lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery**, a **ponderação ali prevista deveria se limitar somente a direitos fundamentais e a**

princípios constitucionais. De acordo com eles:

"(...) A nosso ver, existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica ? as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de que se refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais." (NERY, 2018, p. 1164)

Pelo trecho usado na decisão, pode-se concluir que os autores em questão são mais conservadores em relação à técnica de ponderação. Eles avaliam que a

19

existência dessa técnica surgiu com a finalidade de superar dificuldades na aplicação de normas que são do Direito Constitucional, como os direitos fundamentais e princípios constitucionais. Para eles, a utilidade da ponderação se restringe a situações em que, na aplicação dessas normas, forem insuficientes as regras da hermenêutica jurídica tradicional. Os autores defendem a posição de que não é adequada a interpretação de que qualquer antinomia pode ser resolvida por ponderação de normas.

? O Tribunal em seguida, mobiliza outros autores na análise, Georges Abboud e Júlio César Rossi, para os quais o dispositivo em questão seria inconstitucional: Há incompatibilidade substancial entre o que preceitua o artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil e o que determina nossa tradição em fundamentar toda a decisão judicial e administrativa, colocando em colapso a recém (e ainda mal compreendida) estrutura do próprio Código, notadamente ao negar vigência aos artigos 10, 11, 489, § 1º, 926 e 927.

A ponderação de regras - genuíno caso brasileiro - limita-se a uma decisão subjetiva do aplicador na medida em que escolheria de forma ad hoc, diante de um caso (ou de uma tese, como querem os vanguardistas), o qual das regras seria afastada em face desse sopesamento. Mais precisamente, ao ponderar regras, torna-se possível ao julgador afastar determinada prescrição legislativa sem realizar o controle de constitucionalidade da lei. Esse afastamento, sem a intermediação do controle difuso de constitucionalidade, é impensável em uma democracia. Daí a inconstitucionalidade do § 2º, ele é um paradoxo porque se trata de dispositivo legal que pode dar vazão a uma aplicação do direito nos padrões

da escola de direito livre, criticada desde P Heck (ABBOUD et al. 2017, p. 135)

Os autores aqui discutidos pela corte acreditam que a ponderação de normas contidas no § 2º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 seria inconstitucional. Segundo eles, ao afastar uma norma em favor de outra, se estaria abrindo espaço para a subjetividade do juiz na decisão uma vez que esse afastamento seria feito de modo ad hoc, ou seja, de caso em caso. Além disso, segundo eles, ao afastar uma regra, sem antes passar pelo crivo do controle difuso de constitucionalidade, se estaria agindo de modo inconstitucional. Pelo trecho usado pelo Tribunal, pode-se inferir que os autores consideram o instituto da ponderação no Código de Processo Civil algo perigoso e que faria referência à escola de direito livre, que segundo eles, já tem sido criticada na doutrina há muito tempo.

Já para outro autor elencado na decisão, Fredie Didier, o dispositivo em questão deve apenas orientar como o julgador deve agir e determinar o conteúdo mínimo da decisão em hipótese de conflito normativo. Segundo ele:

20

O primeiro passo é saber se se trata de conflito entre regras ou entre princípios.

Segundo Alexy, para solucionar um conflito entre regras é necessário que uma das regras integre uma hipótese de exceção à outra, ou então que uma delas seja invalidada e expurgada do ordenamento, em nome da subsistência da outra, verificando-se, pois, se a regra está dentro (como exceção) ou fora (por invalidação) do ordenamento. Dessa forma, constatada a contradição entre 'juízos concretos de dever-ser', se ela não pode ser sanada com a inserção de uma 'cláusula de exceção' em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada.

Essa não é, contudo, a solução para a colisão entre princípios. Nesses casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado. Na verdade, em uma 'dimensão de pesos' (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro - caso em que o conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento.(DIDIER, 2018, p. 373-374)

? Neste caso, o autor destaca que o primeiro passo na hipótese de conflito de normas é estabelecer se se trata de conflito entre regras ou entre princípios, dois

tipos básicos de norma, como se demonstrou no tópico acima. Para ele, seguindo a linha do pensamento de Robert Alexy, em se tratando de conflito de regras, caso não se possa sanar a **contradição entre** elas, uma exclui a outra em caso de conflito, sendo uma válida e outra inválida. De modo diferente ocorre quando há conflito **entre os princípios**, onde **o que se** leva em consideração é o ?peso? de cada um deles, devendo o aplicador verificar na situação prática **do caso concreto** qual pesa mais que o outro, devendo este ter preferência sobre o outro.

? E ainda, segundo a doutrina do autor citado pela corte, **aprofundando a discussão**, refletindo sobre a distinção entre princípios e regras, afirma ser partidário da **tese de que a ponderação também pode ser usada na hipótese de** eventual conflito de regras:

As regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias; às regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão de ponderação.

Nas suas palavras, 'a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador

O importante é que, qualquer que seja a técnica utilizada para superar o conflito normativo, ela exige do juiz uma justificação. Não basta dizer, por exemplo, que uma regra constitui exceção do que diz a outra, ou que, no caso concreto, um determinado princípio deve prevalecer sobre outro (DIDIER, 2018, p. 374-375)

21

? Segundo o autor, portanto, **é o caso de utilizar a técnica de ponderação** também as regras. Por fim, ele declara que em todas as hipóteses que for preciso usar **a ponderação de normas**, deve o juiz justificar ela, sendo este ponto muito importante.

Em seguida, na decisão, o Tribunal menciona a doutrina **de Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues**, que é voltada a reconstruir os **debates legislativos travados** na ocasião da confecção do diploma processual. **A respeito do § 2º do art. 489 do CPC/2015, a corte ressalta a conclusão dos autores sobre alguns pontos:**

Primeiro ponto: por trás da redação do dispositivo que incluiu a previsão de

colisão e ponderação de normas no novo Código de Processo Civil, sempre esteve presente - e de maneira inequívoca - a preocupação com a adequada exposição das razões que justificam as decisões jurídicas, especialmente daquelas que se fundamentam em conceitos indeterminados princípios e demais elementos que poderiam ocultar decisões subjetivas.

Segundo ponto: em nenhum momento foi proposta uma redação que indicasse uma sugestão ou determinação do uso da ponderação como elemento de fundamentação de decisão. Os termos 'colisão' e 'ponderação' foram incluídos no novo Código pelo reconhecimento de que eles já constituem argumentos usados para fundamentar decisões questionáveis. Quinto ponto: não houve preocupação quanto à definição qualitativa e/ou formal da norma passível de colisão e, por conseguinte, que enseja ponderação. Em tese, da redação do enunciado podem derivar confusões de diversas ordens.

Sexto ponto: não se viu na elaboração do novo Código qualquer preocupação quanto à definição de algo como um método oficial de ponderação. O único pressuposto da ponderação é a colisão de normas. Por conseguinte, não há espaço para controle de doutrinalidade das decisões: atendidos os requisitos impostos pelo art. 489, uma decisão não pode ser considerada inválida por não ter seguido a fórmula de ponderação do X ou Y.

Sétimo ponto: mesmo assim, não é qualquer caso de colisão de normas que habilita o uso da ponderação para fundamentar uma sentença. Os critérios de resolução de antinomia apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por exemplo, não foram revogados pelo novo Código. Lei posterior continua revogando a anterior, a lei especial continua revogando a geral, etc. (MEIRA, 2015, p. 79-80).

? Os autores levantam alguns pontos a respeito da técnica de ponderação de normas, a que a decisão do Superior Tribunal de Justiça seleciona cinco: a) a discussão que permeou a redação do artigo teve sempre a preocupação com a fundamentação da decisão que tivesse que empregar a técnica de ponderação; b) no âmbito da discussão da redação do artigo, a ponderação não foi usada em nenhum momento como elemento de fundamentação da decisão, antes os termos ?colisão? e ?ponderação? foram adotados pelo reconhecimento de que eles já vêm sendo usados como argumentos para fundamentar decisões controversas; c) não

que acabou gerando discussões e controvérsias; d) não houve, **na elaboração do Código**, a preocupação em determinar claramente **um método oficial de ponderação**, sendo dificultado o controle pela doutrina da **aplicação da técnica**; e) **não é qualquer caso** que autoriza **o uso da ponderação para fundamentar** a sentença automaticamente, sendo importante salientar que ainda há a vigência da **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, que também tem métodos **de resolução de antinomias**.

Feito esse apanhado doutrinário, a corte constata um estado paradoxal de coisas: **a ausência de critério claro de como e em quais casos deve ser** usada a ponderação terminou por produzir **receios de que o dispositivo em** questão, que teve por finalidade diminuir a discricionariedade, acabou abrindo espaço para insegurança jurídica, dando abertura para que em sua aplicação surgissem decisões eivadas de aspectos subjetivos **e alheios ao direito positivo** (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online).

? Feita essas considerações, a corte lança mão da interpretação sistemática, **à luz dos objetivos que orientam o Código de Processo Civil**: o aprimoramento de **técnicas processuais com a finalidade de** alcançar maior efetividade na **prestação jurisdicional e à orientação no sentido de** criar **uma jurisprudência íntegra, estável e coerente** (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017).

Neste sentido a corte fixa **os seguintes entendimentos** sobre o tema:

- a) **o § 2º do art. 489 do CPC/2015 estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade da decisão judicial, sem revogar outros critérios de resolução de antinomias, tais como os apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;**
- b) **apenas se configura a nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador;**
- c) **o exame da validade/nulidade da decisão que aplicar a técnica da ponderação deve considerar o disposto nos arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015, segundo os quais a decisão judicial constitui um todo unitário a ser interpretado a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite;**
- d) **em recurso especial, a pretensão de revisão do mérito da ponderação efetuada pelo Tribunal de origem pressupõe que se trate de matéria**

23

infraconstitucional, além da indicação, nas razões recursais, das normas conflitantes e das teses que embasam a sustentada violação/negativa de vigência da legislação federal;

e) tratando-se de decisão fundamentada eminentemente na ponderação entre normas ou princípios constitucionais, não cabe ao STJ apreciar a correção do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

Ou seja, a tese fixada pela corte determina como critério de nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 quando não for possível verificar, nos fundamentos da decisão, o motivo pelo qual a ponderação foi necessária no caso concreto e como se estruturou o juízo valorativo do aplicador. A respeito da validade da decisão que aplicar a técnica de ponderação, o Tribunal afirma que devem ser levados em consideração os dispostos no artigo 282 e 489, §3, do Código de Processo Civil, segundo a qual a decisão deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos, em conformidade com o princípio da boa-fé, ponto este que foi examinado acima na discussão sobre o artigo 489 a partir da doutrina de Nery (2018), não havendo nulidade quando não se verificar prejuízo à parte que o alega, ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte que possa se aproveitar da nulidade.

Quanto ao caso concreto, a corte atesta que a sua solução não é trivial no âmbito da hermenêutica constitucional, sendo antes considerada verdadeiramente o que se convencionou a chamar de hard case (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). O dispositivo da decisão consta como:

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial apenas quanto ao pedido de decretação da nulidade do acórdão recorrido e, nessa extensão, nego-lhe provimento. Na origem, os honorários sucumbenciais foram fixados, por equidade, em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) ficando majorados para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária a partir da publicação do presente acórdão, a serem pagos em favor da parte recorrida, nos termos do art. 85, §§ 8º e 11, do CPC/2015. É o voto. (Superior Tribunal de Justiça, 2017)

Deste modo, a corte decide no sentido de não acolher a pretensão da parte autora, não vislumbrando nulidade do acórdão, que é considerado pelo Tribunal como tendo motivação racional. Esse entendimento leva em consideração o fato de acórdão recorrido ter, segundo a corte, enfrentado todas as questões relevantes

necessárias à solução da controvérsia e também ter apresentado de forma clara o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada por meio da exposição das razões fáticas e também jurídicas que fundamentaram o seu convencimento pela

24

prevalência da liberdade de expressão (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Portanto, restou decidido o caso concreto pela adequação da decisão da instância inferior quanto à aplicação da ponderação de normas, afastando-se a tese da parte recorrente a respeito de sua alegada inadequação.

O Tribunal também fixa entendimento do que deve ser considerado adequado quando da aplicação do instituto da ponderação de normas, para eventuais casos futuros. O próprio Superior Tribunal de Justiça, classifica o caso como um hard case, demonstrando a complexidade que a ponderação pode apresentar em cada caso concreto, que, entretanto, teve uma solução para essa complexidade dada pela corte, a partir do estabelecimento de uma diretriz firmada por ela quando for necessária a avaliação da adequação do instituto no contexto da sua aplicação nos casos concretos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

? O presente artigo teve por objeto a compreensão da mudança ocorrida no Direito Processual Civil, quando o paradigma neoprocessualista se tornou dominante. Para tal, se examinou a técnica de ponderação de normas, que, como foi explicitado, constitui uma técnica que acabou ganhando mais relevo no processo civil quando da passagem para o paradigma neoprocessualista, podendo ser considerada uma técnica representativa dele.

Para compreender esse novo paradigma processual, a partir do método de pesquisa documental se examinou suas origens na história e na filosofia, a partir de uma mudança mais geral no Direito, da dominância da perspectiva positivista para a perspectiva pós-positivista, ocasionada no século 20. Também foi relacionado o neoprocessualismo com o novo paradigma do Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo.

Pontuada a importância que a ponderação de normas passa a ter neste contexto, se analisou o lugar desta técnica normativa no Novo Código de Processo Civil, momento em que também foi analisado o seu conceito por parte da doutrina. Essa discussão pôde ser melhor contextualizada quando foi examinado a sua aplicação na prática a partir da análise do Recurso Especial 1.765.579-SP, onde, no âmbito do caso concreto, a corte, na decisão, examinou a natureza da ponderação de princípios no Novo Código de Processo Civil, fixando teses de sua aplicação. A ponderação de normas constante no artigo 489 do CPC se revelou ter

25

aplicação complexa, podendo ocasionar o **que o Tribunal** chamou de **hard case**. Entretanto, **no caso concreto** objeto de estudo, a corte **decidiu a questão**, fixando também teses gerais sobre **nulidade por violação do §2 do artigo 489** e sobre **a ponderação de normas**.

?

REFERÊNCIAS

26

ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. **Riscos da Ponderação à Brasileira**. São Paulo: **Revista de Processo**, vol. 269/2017, p. 109-138, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil - vol. II. 6. ed. rev., atual. e ampl.** - São Paulo: **Thomson Reuters Brasil**, 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios - 18 ed. rev. e atual.** - São Paulo: Malheiros, 2018.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 48, n. 189, jan/mar. 2011.

BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico. Trad. Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. DOU, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. DOU, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, número vol.17, dez, 2008.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, vol. 3 - Salvador: Ed. JusPodivm**, 2018.

LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, vol. 14, n. 56, p. 74 - 107, out-dez, 2011.

MEIRA, **Danilo Christiano Antunes** e RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Colisão e ponderação de normas na elaboração do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. vol. 246. São Paulo: Ed. RT, 2015.**

NERY JR., Nelson e NERY, **Rosa Maria de Andrade**. **Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. -São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018**

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 26, 2006.

27

_____. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, vol. 2, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.765.579 - SP (2017/0295361-7), Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>>;. Acesso em: 21 mai. 2025

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível nº 1024271-28.2015.8.26.0100, Relator Viviani Nicolau, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Processos>>;. Acesso em: 21 mai. 2025.

VAUGHN, Gustavo Favero; VEIGA, Natália Salva. Reflexões sobre a técnica da ponderação no Novo Código de Processo Civil. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol.971, set, 2016



=====

Arquivo 1: [TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf](#) (8146 termos)

Arquivo 2: [www2.stijus.br/docs_internet/revista/electronica/revista_doutrina_dos_30_anos.pdf](#) (228567 termos)

Termos comuns: 1320

Índice de similaridade antigo: 0,55%

Novo índice de similaridade: 16,20%

Índice de agrupamento: Alto

O texto abaixo é o conteúdo do documento **Arquivo 1**. Os termos em vermelho foram encontrados no documento **Arquivo 2**. Id da comparação: 7bf17adfca2b47cx64

=====

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE **DO**
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Salvador
2025

DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Artigo apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade Católica do
Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador
2025

2

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO

RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco1
Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho2

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo compreender o neoprocessualismo sob o prisma da aplicação da técnica de ponderação de normas. Em um primeiro momento se situa a compreensão do paradigma neoprocessualista em seu contexto histórico e teórico mais amplo, relacionando o seu surgimento com acontecimentos da história recente e com uma mudança mais ampla de paradigma filosófico dentro do Direito, representada pela passagem do paradigma positivista para o pós-positivista. Em seguida, se analisa a relação do neoprocessualismo com o neoconstitucionalismo, novo paradigma do Direito Constitucional. Na sequência, se estuda a ponderação de normas propriamente dita, situando a técnica dentro do Novo Código de Processo Civil, bem como sua formulação conceitual na doutrina. Por fim, se examina o Recurso Especial 1.765.579-SP como estudo de caso, visando contextualizar a discussão em um caso concreto. O presente estudo foi construído tomando como método a pesquisa documental, mobilizando, além do julgado em questão, livros e artigos de autores que tem o mesmo tema como objeto.

Palavras-chave: Neoprocessualismo. Ponderação de Normas. Novo CPC. Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. 3. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO. 4. NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS. 5. NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: O CASO DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, não apenas como apenas sistema de normas mas sobretudo enquanto fenômeno teórico, passou por profundas transformações. Catastróficos acontecimentos do século 20, em especial a Segunda Guerra Mundial, motivaram o pensamento jurídico a reformular o seu paradigma filosófico, ou seja, seus aspectos teóricos mais amplos e fundamentais. Uma vez que que muitos daqueles

2 Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodium, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador ? UCSAL, Professor de Direito da Universidade Católica do Salvador. E- mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.

1 Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: danilo.pacheco@ucsal.edu.br

acontecimentos ocorreram sob a perfeita adequação ao Direito **vigente à época**, fez-se necessário pensar e construir um novo paradigma para **o pensamento jurídico, com vistas a impedir que** catástrofes como aquelas voltassem a ocorrer. Sendo o paradigma dominante naquele momento de crise **o positivismo jurídico**, surgiu como sua contraposição o pós-positivismo jurídico. A principal mudança que este novo paradigma apresentou foi **a relativização da distinção entre Direito e Moral**, admitindo-se, nesta perspectiva, critérios materiais de validade das normas. Essa mudança de orientação teórica influenciou tanto **o Direito Constitucional como o Direito Processual Civil**. No **Direito Constitucional**, como correspondente do pós-positivismo neste ramo, surge o neoconstitucionalismo, tendo por característica central o caráter normativo da constituição **bem como a vinculação dos direitos fundamentais a todos os ramos do direito**. Isso em forte contraste **com a concepção** positivista de constituição, que atribuía a esta um caráter meramente formal. **Já no âmbito do Direito Processual Civil**, o pensamento consequente ao pós-positivismo é o neoprocessualismo **que tem por** principal característica o maior relevo **dos princípios e dos valores dentro do processo**. Central no neoprocessualismo é **a busca por acesso à justiça, bem como a** mitigação dos excessos formalistas do paradigma anterior.

Uma mudança que se sobressai **no Direito Processual Civil** quando da **passagem para o** paradigma neoprocessualista é o maior relevo da técnica **de ponderação de** normas sobre a técnica de subsunção. A subsunção é a tradicional **aplicação da norma** certa aos fatos, já a ponderação, **no Direito Brasileiro**, aparece **no Código de Processo Civil no artigo art. 489, § 2, no contexto da** sentença, onde, havendo hipótese **de colisão de** normas, **o juiz deverá** justificar o objeto e critérios gerais da ponderação efetuada, explicitando **as razões de afastamento de uma das normas e** as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Para cumprir tal objetivo, será usado como estudo **de caso a análise do REsp 1.765.579 - SP**, onde **a ponderação de** normas é aplicada e também discutida em decisão **pele Superior Tribunal de Justiça**. A pergunta central do artigo é: como é exercida **a ponderação de** normas na prática, técnica representativa do novo paradigma neoprocessualista?

4

Neste sentido, o objetivo deste trabalho é compreender essas mudanças teóricas **que o Direito** passa, **em especial no Direito Processual Civil**. Para tal, se investigará especialmente a técnica **de ponderação de** normas, **uma vez que a mudança** para uma maior relevância da técnica de ponderação sobre a subsunção

constitui-se **como uma das mais** significativas que ocorreram quando da passagem ao **novo paradigma**, o neoprocessualismo. **O presente trabalho** busca, portanto, através do método de pesquisa documental e revisão bibliográfica, compreender como essas mudanças teóricas se manifestam **no âmbito do Direito Processual Civil**.

2 NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

? **A necessidade de se pensar** um novo paradigma para **o pensamento jurídico** remonta ao século 20. Uma vez tendo-se derrotado os regimes totalitários no continente europeu, se constatou indispensável a tarefa **da criação de uma nova estrutura teórica para o Direito** que estabelecesse, **por um lado, direitos e garantias individuais** que protegessem o cidadão de eventuais abusos pelo Estado ou **quaisquer outras formas de poder e, por outro, mecanismos de controle da** Constituição, ocasionando **a criação da** assim chamada jurisdição constitucional (CAMBI, 2008). É importante, entretanto, que inicialmente se compreenda **as características do** paradigma anterior ao que seria contraposto posteriormente **em resposta a essa** crise: **O positivismo jurídico**. Segundo Bobbio (2015), o positivismo **pode ser compreendido** tanto **como modo de** aproximar-se do Direito, tanto como uma teoria ou concepção do mesmo ou ainda como uma ideologia de justiça (BOBBIO, 2015).

Como modo de se aproximar **do Direito**, **o positivismo jurídico** seria marcado pela clara distinção entre Direito real e Direito ideal. Seria justamente pela ênfase no Direito real **em contraposição ao ideal** que ele se caracterizaria. Essa ênfase conferiria **ao positivismo jurídico** um caráter que poderia **ser chamado de** científico (BOBBIO, 2015).

Já como **teoria do Direito**, **o positivismo jurídico se** caracteriza por acentuar fortemente a ligação **do Direito com o Estado, ou seja, o** positivismo seria uma teoria estatalista do Direito. Ainda **de acordo com** Bobbio (2015), isso confere à teoria positivista algumas consequências: a) **Com relação à** definição **do Direito, a teoria**

5

da coatividade, que o define **como sistema de normas que** se fazem valer pelo uso da força. b) **Com relação a** teoria da norma, a teoria imperativista, **de acordo com a** qual **a norma jurídica** é um comando; c) Com relação às **fontes do Direito, a** supremacia da lei sobre as demais fontes; d) **Com relação ao ordenamento jurídico, a** ele é atribuído **o caráter de** completude **e, por consequência, de ausência de** antinomias; e e) **Em relação ao método da ciência jurídica, a** consideração **da** atividade do jurista como essencialmente lógica (BOBBIO, 2015).

Por fim, ainda segundo Bobbio (2015), como ideologia, **o positivismo jurídico**

representa a crença em certos valores. Esses valores atribuem ao Direito existente um valor positivo independente de qualquer Direito ideal. Isso ocorre de duas maneiras: a) O Direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, ou seja, como emanção de uma vontade dominante, é justo no sentido de que o critério para avaliar a sua justiça seria exatamente o mesmo que seria usado para julgar sua validade ou invalidade; e b) o Direito positivo serve, por sua própria existência e independente de qualquer valor moral, à consecução de certos fins desejáveis, como a ordem, a paz e de modo geral à justiça legal. Desses dois valores, segue-se que, para a ideologia positivista, a norma jurídica deve ser obedecida de per si (BOBBIO, 2015).

? Por mais estruturado que fosse o pensamento positivista, ele enfrentou sérias críticas, sobretudo no decorrer do século 20. Decisões extremamente apartadas de qualquer noção de justiça como as que atravessaram todo o regime fascista e nazista não poderiam mais ser aceitas pela sociedade (BICALHO et al, 2011). Nesse contexto histórico dramático, se abriu um ambiente propício para renovação dentro do pensamento jurídico, e é neste contexto que surge o pós-positivismo ou o não positivismo (BICALHO et al, 2011). Segundo Bicalho e Fernandes (2011) a crise do pensamento positivista pode ser explicitada em duas razões centrais: a) a pluralidade das sociedades pós-modernas, que acabaram evidenciando a limitação da noção de completude do sistema positivo codificado; e b) pela dificuldade apresentada pela concepção positivista quando da necessidade de mitigar a aplicação de normas positivas, quando for o caso de ser flagrante que as soluções por elas apresentadas no momento da aplicação forem absurdas ou desproporcionais (como no caso do sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista) (BICALHO et al, 2011).

6

? O pós-positivismo conta como adeptos autores como Alexy, Dworkin, Bonavides e Barroso, dentre outros (BICALHO et al, 2011). Apesar desses autores possuírem entre si discordâncias dentro de suas perspectivas teóricas, um fio comum entre eles pode ser apontado como: a relativização da separação entre Direito e Moral, bem como a admissão de critérios materiais para a validade das normas. Uma vez que uma crítica central ao positivismo jurídico é a falta de critérios valorativos para a aplicação das normas, o pós-positivismo trabalha no sentido de conferir bases axiológicas, ou seja valorativas, para a sua aplicação, principalmente a partir do Direito Constitucional (BICALHO et al, 2011).

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO

? Diante deste contexto de mudança teórica, o Direito considerado enquanto **sistema de normas** foi expressivamente afetado em seus ramos, sobretudo em dois dos mais fundamentais deles : **o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil**. A mudança que se estabeleceu como decorrência dos fenômenos analisados no tópico acima **no âmbito do Direito Constitucional é o que se denomina neoconstitucionalismo**, que representa um novo paradigma **dentro do Direito Constitucional**. **As alterações mais importantes** que este novo paradigma apresenta, segundo Cambi (2008), podem ser sistematizadas em três aspectos distintos. O primeiro desses aspectos é o histórico **e já foi** delineado em suas linhas centrais no tópico anterior. Cumpre apenas destacar como marco legislativo a Lei Fundamental de Bonn, **de 1949, isto é a Grundgesetz**, a Constituição alemã. Outras constituições também se compõem como marco da mudança para o paradigma neoconstitucionalista, quais sejam, as Constituições **italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978)**. **No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988** sofre forte influência desses marcos legislativos, sobretudo por se caracterizar historicamente como passagem **de um regime** autoritário para um democrático, lançando **as bases para um Estado Democrático de Direito no Brasil**. Segundo Cambi (2008), **apesar de a Constituição brasileira** ter sofrido diversas reformas constitucionais **ao longo do tempo**, ela logrou criar uma cultura jurídica de valorização de um sentimento constitucional. Após sua promulgação, diversos episódios de instabilidade política, próprios da história recente do Brasil,

7

encontraram nela soluções, criticáveis **ou não, de manutenção da** estabilidade democrática. O segundo aspecto da alteração é o filosófico e também foi delineado **em linhas gerais** no tópico anterior, **qual seja, a** passagem para a tendência pós-positivista. Cumpre apenas destacar o papel **dos princípios, que** para essa nova matriz teórica, deixam de ter aplicação meramente secundária, **isto é, de ter a função de** apenas colmatar lacunas e passam agora a ter relevância jurídica na confirmação judicial de direitos (CAMBI, 2008).

Além dos aspectos históricos e filosóficos, o neoconstitucionalismo representa também expressivamente mudanças de natureza teórica. **De acordo com** Cambi (2008), **segundo a linha do pensamento do professor e ministro Luís Roberto Barroso**, as mudanças teórica **trazidas pelo novo** paradigma podem ser divididas em três vertentes: a) **o reconhecimento de** força normativa à Constituição; b) **a expansão da jurisdição constitucional**; c) **o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional**. Segundo o autor, **ao afirmar que as normas constitucionais** têm força normativa, com isso estamos reconhecendo **que a Constituição não é apenas uma** carta política mas tem conteúdo jurídico imperativo.

Isto é, a partir do momento em que se reconhece a Constituição como lei, seus princípios e regras devem ter normatividade, regulando condutas e produzindo expectativas de comportamentos. Essa é uma concepção nova de Constituição, uma vez que se contrapõe a visão clássica, onde a carta constitucional era encarada apenas como declaração política, programa de futuro ou também mera exortação moral (CAMBI, 2008).

Neste contexto, a positividade da norma constitucional é sobretudo a vinculação positiva do legislador a ela, bem como de todos os órgãos concretizadores do Estado, seja o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário, que devem encarar a Constituição como diretivas materiais permanentes. Por fim, ela passa a funcionar como limites materiais negativos para o poder público em geral, passando a ser considerados inconstitucionais os atos que sejam contrários a ela (CAMBI, 2008).

Uma consequência dessa expansão da normatividade constitucional é a expansão da jurisdição constitucional. Ela se reflete na realidade do Direito brasileiro em especial pelo controle de constitucionalidade, havendo agora uma ampliação considerável deste mecanismo. A Constituição de 1988 acabou ampliando o controle

8

abstrato de constitucionalidade, alargando os legitimados ativos para propor as ações que o compõem e, também, criando outros instrumentos de jurisdição constitucional como por exemplo a Ação Direta de Constitucionalidade (CAMBI, 2008).

Por fim, a última vertente elencada por Cambi (2008) que expressa a mudança representada pelo neoconstitucionalismo em seu aspecto teórico, é o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Aqui se trata sobretudo da constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais (CAMBI, 2008).

Para o autor, houve uma mudança do centro gravitacional hermenêutico, ou seja interpretativo, dos códigos para a constituição. Essa nova orientação interpretativa não rompeu completamente com os clássicos métodos de interpretação jurídica, os tradicionais métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico: antes a nova dogmática de interpretação constitucional trazida pelo neoconstitucionalismo informa o intérprete que lançar mão dos métodos tradicionais, da teoria dos princípios, em prevalência sobre a teoria das regras. Segundo Cambi (2008), de acordo com a teoria das regras, prevalece a dicotomia validez-invalidadez, ou seja, diante de uma antinomia, o intérprete lançaria mão de critérios tradicionais como lex superior derogat inferior, lex specialis derogat generalis e lex posterior derogat priori. Mas, de maneira mais significativa para o autor, a característica

fundamental **que a teoria das** regras conferire **à hermenêutica jurídica é a de tudo ou nada**. Agora, com a primazia **da teoria dos princípios**, torna-se possível um ajuste às pretensões sociais legítimas, permitindo-se, por exemplo, solucionar-se colisões entre direitos fundamentais (CAMBI, 2008).

Particularmente, dessa mudança na interpretação jurídica, na qual existe, agora, um forte relevo e evidência **da Constituição para o intérprete do Direito na aplicação**, uma consequência direta se apresenta a outro **ramo do Direito além do Direito Constitucional: o Direito Processual Civil**. Entretanto, **para que se possa** compreender as mudanças apresentadas neste ramo como consequência dos fenômenos discutidos até então, é necessário analisar suas etapas de desenvolvimento.

As etapas de **evolução do Direito Processo Civil são** sobretudo metodológicas, podendo ser divididas em quatro fases (LOURENÇO, 2011). As

9

fases são: a) praxismo ou fase sincretista; b) processualismo ou fase do autonomismo; c) instrumentalismo; e por fim d) neoprocessualismo ou formalismo valorativo ou formalismo ético (LOURENÇO, 2011).

Em um primeiro momento, na fase do praxismo, **o que se dava era a completa confusão entre o direito material e o direito processual**. Nesta fase **o Direito Processual não** era autônomo, tendo pouca fundamentação teórica e científica construída pelos juristas. Entretanto, estudos de juristas alemães no século 19 **sobre a natureza da ação e do processo** contribuíram **para a superação** dessa etapa metodológica (LOURENÇO, 2011).

Superada essa etapa, surge **a fase do processualismo**, com **a perspectiva de autonomia do processo**. Agora ele começa a ser estudado mais profundamente e suas bases são lançadas cientificamente, em separado **do direito material**. Segundo Lourenço (2011), é nesta etapa, pela preocupação dos juristas em conferir autonomia ao processo **em relação ao direito material**, que surge o formalismo exagerado, ou seja, estudar **o processo em si**, sem a preocupação **de que esse estudo possa fazer alguma referência imediata à realidade**.

Interessante reflexão sobre o formalismo foi delineada por Oliveira (2006).

Refletindo sobre o formalismo processual, **o autor o caracteriza**, em sentido amplo, como a totalidade formal **do processo, considerando** especialmente a delimitação dos poderes. Forma, para esse autor, significa começo e fim, circunscrição de material a ser formado, estabelecimento de limites **de ação e** cooperação dos agentes **dentro do processo** (OLIVEIRA, 2006). O formalismo, para ele, visa controlar, sobretudo, eventuais excessos **que as partes possam** cometer, conferindo ordem ao procedimento. Segundo **o autor, o formalismo se constitui enquanto**

elemento **não só de** efetividade como de segurança **do processo**. **Entretanto, com o** **passar** do tempo, o pensamento formalista sofreu desgaste **e passou a ser um** formalismo excessivo.

O problema, **segundo ele, é que esse** poder organizador do formalismo, **em** **vez de** concorrer **para a realização do** litígio acabe resultando em uma aniquilação **do próprio direito** ou em um retardamento irrazoável do processo (OLIVEIRA, 2006). **Neste caso o** formalismo acaba obstando que o instrumento atinja sua finalidade, a que sugere **o autor que o jurista** lance **mão de uma atitude mais** aberta, entretanto sem desprezar o formalismo, considerando **que no caso do** sistema brasileiro, este

10

possui meios suficientes **para a solução, que,** segundo ele, tem **a forma de** uma antinomia **entre justiça e** formalismo.

No terceiro momento de evolução metodológica, **a fase do** instrumentalismo, o processo **passa a ser considerado como instrumento do direito material**. Essa postura **metodológica do Direito Processual**, aparece agora **como forma de** corrigir os excessos formalistas da etapa metodológica anterior, que foi encarada como excessivamente técnica. Agora **o processo não** é visto como um fim **em si mesmo**, tendo surgido nesta etapa **as ideias de promoção de** maior **acesso à justiça**. Essa fase **é, portanto, mais** crítica (LOURENÇO, 2011).

Por fim, em sua última etapa de desenvolvimento metodológico, surge o neoprocessualismo ou formalismo valorativo, ou ainda formalismo ético. Nesta fase é onde o instrumentalismo interage com as **mudanças de paradigma** que ocorreram **no Direito Constitucional**. Oliveira (2014), ao refletir sobre essa última mudança no pensamento processual, chega mesmo a afirmar que **se o processo não pode mais ser compreendido como** mera técnica e sim **como instrumento de realização de valores, em** especial, valores constitucionais, podemos considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Lourenço (2011), sintetizando os pontos centrais da passagem ao paradigma neoprocessualista **no Direito Processual Civil**, os elenca como **uma série de** substituições: a) princípios no lugar de regras, **ou pelo menos mais** princípios do que regras); b) ponderação no lugar de subsunção, **ou pelo menos, mais** ponderação do que subsunção); c) justiça particular **em vez de** justiça geral, ou ainda, mais análise individual e concreta que geral e abstrata; d) **Poder Judiciário em vez de** Poder Executivo ou Legislativo, ou mais **Poder Judiciário e** menos Poder Legislativo ou Executivo; e) Constituição **no lugar da lei, ou,** maior e mais direta aplicação **da Constituição no lugar da lei**.

Para os fins do presente artigo, a compreensão da mudança que a passagem ao paradigma neoprocessualista ocasiona, se analisará **de modo mais** detido o

ponto central elencado acima no item ?b? **pelo autor, a** prevalência da ponderação sobre a subsunção. Para tal se estabelecerá tanto o lugar da técnica **de ponderação de normas no Código de Processo Civil**, quanto a sua definição na doutrina.

11

4 NEOPROCESSUALISMO **NO NOVO CPC: A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS**

O **Código de Processo Civil de 2015** é um marco da passagem ao neoprocessualismo nos termos acima delineados (VAUGHN et al, 2016). Já em seu primeiro artigo, ele consagra a interpretação constitucionalizada **de todos os** dispositivos nele contidos, reconhecendo **em seu âmbito a força normativa da constituição** (VAUGHN et al, 2016). Como ficou claro na discussão dos tópicos anteriores, **é precisamente a** presença mais forte **do Direito Constitucional no Direito Processual Civil** a característica central do paradigma neoprocessualista. Neste mesmo sentido, uma mudança significativa **com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015 foi no âmbito do dever de fundamentação das decisões judiciais**, consagrado **no art. 489 do referido diploma** (VAUGHN et al, 2016). O artigo 489 estabelece que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

- I - o relatório, que conterá os nomes **das partes, a** identificação **do caso, com a** suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no **andamento do processo;**
- II - os fundamentos, **em que o juiz** analisará **as questões de fato e de direito;**
- III - **o dispositivo, em que o juiz** resolverá as questões principais **que as partes** lhe submeterem.

§ 1º **Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:**

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase **de ato normativo**, sem explicar sua relação **com a causa** ou a questão decidida;
- II - empregar **conceitos jurídicos indeterminados**, sem explicar o motivo concreto **de sua incidência no caso;**
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar **qualquer outra decisão;**
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar **a conclusão adotada** pelo julgador;
- V - **se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;**
- VI - **deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente**

invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL, 2015)

Esse dispositivo específico tem por inspiração direta o artigo 93, IX, da Constituição Federal, e determina certos critérios de qualidade a serem preenchidos para que a decisão possa ser considerada fundamentada. A razão de ser da

12

importância conferida à fundamentação é a defesa do jurisdicionado em relação aos eventuais julgamentos arbitrários que ele possa ser submetido (VAUGHN et al, 2016).

Entretanto, sendo objeto de estudo do presente artigo mais especificadamente a ponderação de normas, o dispositivo central a ser analisado é o parágrafo segundo do artigo 489. O parágrafo em questão possui a seguinte redação:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 2015)

Para que se possa compreender o artigo em questão, é necessário examinar o conceito de ponderação de normas na doutrina, tarefa que encontra na obra de Ávila (2018) uma contribuição notável.

Segundo o autor, normas jurídicas podem ser compreendidas como o resultado final da interpretação. A interpretação propriamente dita tem como objeto imediato os dispositivos jurídicos (ÁVILA, 2018). É possível, por exemplo, haver normas sem que haja um dispositivo específico e determinado a ela diretamente vinculados. Por exemplo, no caso do princípio da segurança jurídica. O autor, após reconstruir de maneira crítica a história da conceituação das espécies normativas por parte da doutrina, desenvolve a sua própria definição a respeito delas. Segundo ele:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente

retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para **cuja aplicação se** exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios **que lhes são** axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa **e a construção** conceitual **dos fatos**.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade **e de parcialidade**, para **cuja aplicação se** demanda uma avaliação da **correlação entre o estado de** coisas a ser promovido **e os efeitos** decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2018, p. 102)

Ou seja, para ele, regras são normas descritivas, retrospectivas **que tem** como função ser parâmetro para decisão e serem abrangentes, tendo, na aplicação, **a necessidade de se** avaliar a correspondência **entre os fatos e** ela. Já **os princípios são normas** voltadas para um fim, tendo como função primordial ser uma orientação prática.

13

Existe, entretanto, **além dos princípios e** das regras, uma **outra espécie de norma de fundamental importância**: os postulados normativos. **Essa espécie de norma é** imediatamente metódica. Elas instituem **critérios de aplicação** para outras normas, que, essas sim, **se situam no plano do objeto da** aplicação (ÁVILA, 2018). Um desses postulados normativos **é precisamente a ponderação**. Segundo Ávila, **a ponderação de** bens consistiria em um:

Método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a **pontos de vista** materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação **de bens, de** valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho **é importante registrar que a** ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil **para a aplicação do Direito**. **É** preciso estruturar a ponderação com **a inserção de** critérios (ÁVILA, 2018, p. 185).

Salienta **também o autor que é importante** separar e apreciar a sutileza dos elementos envolvidos na ponderação, quando **da sua aplicação, quais sejam: a)** os bens jurídicos; b) os interesses; c) os valores; por fim, d) os princípios. Os bens jurídicos seriam situações, estados ou propriedade essenciais particulares da promoção **dos princípios jurídicos**. Os interesses são os próprios bens jurídicos enquanto vinculados a algum sujeito que os procura obter. Já **os valores são o** aspecto axiológico, ou seja, valorativo, das normas, indicando **o que é bom, isto é, o**

que é digno de ser buscado ou preservado. Por fim os princípios propriamente ditos, são, para o autor, o aspecto deontológico dos valores, que além de demonstrar que algo deve ser buscado, determinam que este algo deve também ser promovido (ÁVILA, 2018).

Em relação às etapas da ponderação, isto é, as etapas da aplicação dessa espécie de norma, o mesmo autor a divide em três: a) preparação da ponderação (Abwägungsvorbereitung, em alemão, idioma no qual o conceito se originou); b) realização da ponderação (Abwägung); e, por fim, c) reconstrução da ponderação (Rekonstruktion der Abwägung). A primeira etapa, a da preparação da ponderação, é onde se analisam todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível. Na segunda etapa, a da realização da ponderação, o intérprete que aplica a ponderação vai fundamentar a relação estabelecida entre os objetos de sopesamento.

No caso da ponderação, nessa etapa deve ser indicado a relação da primazia de um objeto ponderado sobre o outro. Por fim, na reconstrução da

14

ponderação, se formam regras de relação, inclusive de primazia de um objeto sobre o outro, com pretensão de validade para além do caso (ÁVILA, 2018). Por fim, o autor destaca que os critérios de ponderação podem ser vários, devendo, entretanto, ter o intérprete que vai aplicar essa espécie normativa, a maior atenção aos princípios constitucionais e, também, as regras de argumentação que podem ser construídas a partir deles.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a ponderação de normas aparece no Código de Processo Civil no § 2.º do art. 489 do CPC. Segundo Arenhart, Marinoni e Mitidiero, o Código de 2015 apresenta ao todo três postulados normativos ou seja, como visto acima, tipos de normas que têm como objeto a aplicação de outras normas: proporcionalidade, razoabilidade e ponderação (Arenhart et al, 2015). A proporcionalidade é o postulado normativo que visa estruturar a aplicação de duas normas que mantêm entre si relação de meio e fim. Já a razoabilidade, é o segundo postulado constante no Código de Processo Civil, e tem três acepções básicas, razoabilidade como equidade, congruência e como equivalência; por fim, a ponderação de normas seria, no Código, o postulado normativo que visa atribuir peso a elementos que se entrelaçam. Cada um desses postulados existe para solucionar determinados problemas específicos, tendo cada um deles sua própria estrutura de aplicação, bem como sua particular exigência aplicativa quando for necessária a sua aplicação em cada caso concreto (Arenhart, 2015).

Ocorre que dentre as diversas maneiras que as normas podem se relacionar entre si, no caso do §2 do art. 489 do CPC, a hipótese apresentada é a de que

diferentes finalidades normativas apontam para soluções diversas ou mesmo opostas, quando for necessário aplicar todas elas: **é o que o Código chama de ?colisão de normas?**. Segundo os mesmos autores, quando o Código fala de ponderação, pode **ser o caso de** emprego do método de proporcionalidade, por exemplo. Caso seja hipótese de lançar mão do postulado da ponderação particularmente **no caso, o juiz deve** ?justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação, enunciando **as razões que** autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão?. Entretanto, caso seja hipótese de emprego da proporcionalidade, **deve o magistrado** explicitar **a relação entre meio e fim** bem como justificar argumentativamente a adequação, necessidade **e proporcionalidade em sentido estrito** da decisão. Ainda **de acordo com a lição dos**

15

autores, o emprego genérico de postulados normativos, **sem qualquer ligação com** suas funções previamente estabelecidas pelo código e **aquilo que é** autorizado judicialmente **para cada caso concreto**, constitui **violação ao dever** fundamental de fundamentação analítica (ARENHART et al, 2020).

5 NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: O CASO DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Examinando a posição **da ponderação de normas no Código de Processo Civil, bem como sua** conceituação na doutrina, passa-se agora ao exame **de um caso em que essa** técnica foi aplicada **em um caso concreto, a saber, no recurso especial 1.765.579-SP. O** estudo de caso **do recurso em** questão possibilitará **a compreensão de como a ponderação de** normas, técnica normativa que, como ficou claro nos tópicos anteriores, acabou ganhando destaque na passagem ao paradigma neoprocessualista, acontece **na prática.**

? **O recurso especial 1.765.579-SP foi** interposto pela Sociedade Beneficente Muçulmana impugnando **acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em** suas razões, a parte alegava a violação dos seguintes dispositivos (acrescidos das suas respectivas teses):

- a) **art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 - apontando a omissão do acórdão recorrido** quanto aos motivos para priorizar **o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da** liturgia e da crença religiosa; e
- b) **art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015 - alegando que o Tribunal de origem não** justificou os critérios gerais **da ponderação de princípios** conforme determina **a nova legislação processual, isto é, enunciando as razões que**

autorizavam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentaram a conclusão. (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

? A ação de origem é de natureza indenizatória e foi ajuizada pela Sociedade Beneficente Muçulmana contra a Google Brasil Internet Ltda. O objetivo era a remoção de vídeo disponível na plataforma YouTube da música ?Passinho do Romano?, sob a alegação de que tal conteúdo ofendesse a religião islâmica em virtude do uso indevido de passagens do Alcorão. De acordo com a parte autora, o videoclipe veiculado pela empresa ré, bem como a respectiva canção do gênero funk que o acompanha, utilizaram trechos remixados do Alcorão, livro considerado

16

sagrado para religião muçulmana, que, segundo a parte autora, somente poderiam ser recitados dentro de um contexto próprio da liturgia da religião em questão.

? O juízo de primeiro grau declarou improcedente a demanda, ressaltando que sendo a ré mera provedora de hospedagem do conteúdo, não possuiria dever de monitoramento e fiscalização permanente do sistema, de modo que ela não poderia ser responsabilizada pelos vídeos inseridos na plataforma YouTube por terceiros usuários. Mediante a ponderação dos princípios da liberdade de expressão e da liberdade religiosa, a sentença concluiu pela ausência de ilicitude pela razão de que a obra em si mesma considerada não possuiria elemento discriminatório (o assim chamado hate speech) sendo, antes, manifestação da cultura popular, tutelada constitucionalmente pelo direito à liberdade de expressão (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online).

? Tal entendimento foi corroborado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao negar a apelação da parte autora. No acórdão, a Corte estadual analisando os fatos e as provas, bem como o teor das mídias impugnadas, asseverou que "a canção sequer menciona ou faz alusão, positiva ou negativa, ao islamismo e seus seguidores", e a respeito da alegação da parte autora de que a mera incorporação à canção de trechos do Alcorão por si só configuraria ilicitude, salientou que: a inserção de trecho do Alcorão na música e nos vídeos pode ser conduta rechaçada pela religião islâmica e um desrespeito aos preceitos subjetivos dos muçulmanos, mas não é um desrespeito à liberdade de crença religiosa ou ao sentimento religioso, nem ato que rompe os limites do exercício da liberdade artística.

Aliás, como os direitos fundamentais se estendem a todos, a insatisfação da comunidade religiosa pode se manifestar no próprio campo do exercício da liberdade de expressão, sobretudo por meio da crítica, o que é inerente ao jogo democrático de uma sociedade plural.

A insatisfação não constituirá razão suficiente, porém, para provocar a tutela jurisdicional do Estado e materializar um mecanismo de censura (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2016, online)

? Ademais, segundo o entendimento da corte paulista, não se poderia proibir a reprodução de conteúdo de um livro religioso com fundamentos em dogmas erigidos pela própria obra, pois isso seria o mesmo que permitir que uma regra religiosa que vincula àqueles que a ela pertencem pudesse ser dotada de eficácia abstrata a todos indiscriminadamente (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Inconformada, a parte autora opôs embargos declaratórios alegando existência de omissão e obscuridade no acórdão. Segundo ela, o Tribunal se negou a analisar o real teor de suas alegações, quais sejam: a tese de que a violação à liberdade

17

religiosa decorreria da simples utilização dos trechos sagrados em vão, fora do contexto da liturgia (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Sendo os aclaratórios rejeitados pela corte, houve ensejo a um recurso extraordinário e ao recurso especial, objeto do presente tópico.

? No Recurso Especial a recorrente alega mais uma vez a nulidade do acórdão, com base na violação do arts. 1.022 do CPC/2015 e do 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. Em síntese, suas teses são:

(i) a suposta omissão quanto aos motivos para priorizar o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa, e

(ii) a não explicitação dos critérios gerais da ponderação de princípios efetuada, conforme disposto no § 2º do art. 489 do CPC/2015. (Superior Tribunal de Justiça, 2016, online)

? A corte então apresentou sua argumentação em dois pontos: no primeiro, sobre a ausência de violação do art. 1.022 do CPC/2015; no segundo, sobre a motivação das decisões judiciais e da técnica de ponderação no CPC/2015 (Superior Tribunal de Justiça, 2016). A respeito do primeiro, a corte reforça o entendimento da instância inferior, sustentando que o Tribunal indicou adequadamente os motivos que formaram o seu convencimento, não se vislumbrando nem omissão, nem contradição, obscuridade ou erro material para efeito do que dispõe o art. 1.022 do CPC/2015.

No segundo ponto, a argumentação vai se centrar na hipótese de ponderação de normas, ancorada no art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. A recorrente afirma no recurso que o Tribunal não explicitou os critérios nem as razões adotadas para conferir primazia à liberdade de expressão artística sobre a inviolabilidade de liturgia

religiosa, princípios fundamentais assegurados nos incisos IX e VI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, respectivamente (Superior Tribunal de Justiça, 2016, online).

Antes de adentrar na análise dos debates constantes na decisão da corte, cumpre tecer uma análise mais detida acerca do Artigo 489. Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a motivação da sentença tem por finalidade imediata demonstrar ao próprio magistrado a lógica jurídica que legitima a decisão, mostrando à parte sucumbente que ela não é fruto da sorte e do acaso, antes decorrendo da lei (NERY, 2018).

A falta ou deficiência na fundamentação gera nulidade, conforme o artigo 93, IX, da Constituição Federal. Em relação ao §2 do artigo, os autores defendem que

18

se restrinja o uso da ponderação às normas constitucionais, como os princípios e direitos fundamentais, argumento levantado por eles que também será usado pelo Tribunal no contexto da discussão do Recurso Especial e será mais detalhadamente examinado abaixo. Quanto à interpretação da decisão judicial, os autores pontuam que ela deve ser interpretada levando em consideração todos os seus componentes em conjunto, devendo ser considerados como um todo orgânico. Ainda pontuam o dever de atitude de boa fé na interpretação da sentença, não devendo-se pautar ela pela distorção do que foi dito pelo juiz (NERY, 2018).

Prosseguindo agora para a análise do debate levantado na decisão pelo Tribunal, a corte, analisando detidamente o significado da demanda, afirma que: De certa forma, pode-se considerar que o objetivo derradeiro da norma é dar concretude ao que determina o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, garantindo meios para que a interpretação corresponda à entrega de uma prestação jurisdicional efetiva (Superior Tribunal de Justiça, 2016, online)

? A que a sentença avalia que a norma em questão, a saber, § 2º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, suscitou controvérsias no meio doutrinário, em especial pela imprecisão da expressão "colisão entre normas", bem como a incorporação no sistema brasileiro da complexa teoria da ponderação desenvolvida por Robert Alexy (Superior Tribunal de Justiça, 2016, online).

Aferindo a doutrina, o Tribunal referencia uma série de autores que examinaram o referido artigo. Os autores em questão são: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery; Georges Abboud e Júlio César Rossi; Fredie Didier; e Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues. Segundo a lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a

ponderação ali prevista deveria se limitar somente a direitos fundamentais e a princípios constitucionais. De acordo com eles:

"(...) A nosso ver, existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica ? as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de que se refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais." (NERY, 2018, p. 1164)

Pelo trecho usado na decisão, pode-se concluir que os autores em questão são mais conservadores em relação à técnica de ponderação. Eles avaliam que a

19

existência dessa técnica surgiu com a finalidade de superar dificuldades na aplicação de normas que são do Direito Constitucional, como os direitos fundamentais e princípios constitucionais. Para eles, a utilidade da ponderação se restringe a situações em que, na aplicação dessas normas, forem insuficientes as regras da hermenêutica jurídica tradicional. Os autores defendem a posição de que não é adequada a interpretação de que qualquer antinomia pode ser resolvida por ponderação de normas.

? O Tribunal em seguida, mobiliza outros autores na análise, Georges Abboud e Júlio César Rossi, para os quais o dispositivo em questão seria inconstitucional: Há incompatibilidade substancial entre o que preceitua o artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil e o que determina nossa tradição em fundamentar toda a decisão judicial e administrativa, colocando em colapso a recém (e ainda mal compreendida) estrutura do próprio Código, notadamente ao negar vigência aos artigos 10, 11, 489, § 1º, 926 e 927.

A ponderação de regras - genuíno caso brasileiro - limita-se a uma decisão subjetiva do aplicador na medida em que escolheria de forma ad hoc, diante de um caso (ou de uma tese, como querem os vanguardistas), o qual das regras seria afastada em face desse sopesamento. Mais precisamente, ao ponderar regras, torna-se possível ao julgador afastar determinada prescrição legislativa sem realizar o controle de constitucionalidade da lei. Esse afastamento, sem a intermediação do controle difuso de constitucionalidade, é impensável em uma democracia. Daí a inconstitucionalidade do § 2º, ele é um paradoxo porque se trata de

dispositivo legal que pode dar vazão a uma **aplicação do direito** nos padrões da escola **de direito livre**, criticada desde P Heck (ABBOUD et al. 2017, p. 135)

Os autores aqui discutidos pela corte acreditam que **a ponderação de normas contidas no § 2º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015** seria inconstitucional. Segundo eles, ao afastar uma norma **em favor de** outra, se estaria **abrindo espaço para a subjetividade do juiz na decisão uma vez que** esse afastamento seria feito de modo ad hoc, **ou seja, de caso em caso**. Além disso, segundo eles, ao afastar uma regra, sem antes passar pelo crivo do **controle difuso de constitucionalidade**, se estaria agindo de modo inconstitucional. Pelo trecho usado pelo Tribunal, pode-se inferir **que os autores** consideram **o instituto da ponderação no Código de Processo Civil** algo perigoso e que faria referência à escola **de direito livre**, que segundo eles, já tem sido criticada na doutrina **há muito tempo**.

Já para outro autor elencado na decisão, Fredie Didier, **o dispositivo em questão** deve apenas orientar como **o julgador deve** agir e determinar o conteúdo mínimo da decisão **em hipótese de** conflito normativo. **Segundo ele:**

20

O primeiro passo é **saber se se trata de** conflito entre regras ou entre princípios.

Segundo Alexy, **para solucionar um** conflito entre regras **é necessário que uma das** regras integre uma hipótese de exceção à outra, ou então **que uma delas** seja invalidada e expurgada do ordenamento, **em nome da** subsistência da outra, verificando-se, pois, **se a regra** está dentro (como exceção) ou fora (por invalidação) do ordenamento. Dessa forma, constatada a contradição entre '**juízos concretos de dever-ser**', se ela **não pode ser** sanada com **a inserção de uma 'cláusula de** exceção' em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada.

Essa não é, contudo, **a solução para a colisão entre princípios**. Nesses casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado. **Na verdade, em uma 'dimensão de pesos' (e não de validade)**, considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos **e que o princípio que** mais pesar tem **preferência em relação ao outro - caso em que o** conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento.(DIDIER, 2018, p. 373-374)

? **Neste caso, o autor destaca que o primeiro** passo **na hipótese de** conflito de

normas é estabelecer se **se trata de** conflito entre regras ou entre princípios, dois tipos básicos de norma, como se demonstrou no tópico acima. Para ele, **seguindo a linha do** pensamento de **Robert Alexy**, **em se tratando de** conflito de regras, **caso não se possa** sanar a contradição entre elas, uma exclui **a outra em caso de** conflito, sendo uma válida e outra inválida. De modo diferente **ocorre quando há** conflito **entre os princípios**, onde **o que se leva em consideração** é o **?peso?** **de cada um deles**, devendo o aplicador verificar na situação prática **do caso concreto** qual pesa **mais que o** outro, devendo este ter preferência **sobre o outro**.

? **E ainda, segundo a doutrina do** autor citado pela corte, aprofundando a discussão, refletindo sobre **a distinção entre princípios e regras**, afirma ser partidário **da tese de que a** ponderação **também pode ser** usada **na hipótese de** eventual conflito de regras:

As regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias; às regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão de ponderação.

Nas suas palavras, 'a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, **na medida em que** qualquer norma possui um caráter provisório **que poderá ser** ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador

O importante é que, **qualquer que seja a** técnica utilizada para superar o conflito normativo, ela exige do juiz uma justificação. Não basta dizer, **por exemplo, que** uma regra constitui exceção **do que diz** a outra, ou **que, no caso concreto**, um determinado princípio deve prevalecer sobre outro (DIDIER, 2018, p. 374-375)

21

? Segundo o autor, **portanto, é o caso de utilizar a** técnica de ponderação também as regras. Por fim, ele declara que **em todas as hipóteses que for preciso** usar **a ponderação de** normas, **deve o juiz** justificar ela, sendo este **ponto muito importante**.

Em seguida, na decisão, o Tribunal menciona **a doutrina de** Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues, que é voltada a reconstruir os debates legislativos travados na ocasião da confecção **do diploma processual**. **A respeito do** § 2º **do art. 489 do CPC/2015**, a corte ressalta a conclusão dos autores sobre alguns pontos:

Primeiro ponto: **por trás da redação do dispositivo** que incluiu **a previsão de colisão e ponderação de normas no novo Código de Processo Civil**, sempre esteve presente - e de maneira inequívoca - **a preocupação com a adequada exposição das razões que** justificam as decisões jurídicas, especialmente daquelas que se fundamentam em conceitos indeterminados princípios e demais elementos que poderiam ocultar decisões subjetivas.

Segundo ponto: **em nenhum momento** foi proposta uma redação que indicasse uma sugestão ou determinação **do uso da ponderação como elemento de** fundamentação de decisão. Os termos 'colisão' e 'ponderação' foram incluídos **no novo Código** pelo **reconhecimento de que** eles já constituem argumentos usados para fundamentar decisões questionáveis. Quinto ponto: não houve preocupação quanto à definição qualitativa e/ou formal da norma passível de colisão **e, por conseguinte**, que enseja ponderação. Em tese, **da redação do** enunciado podem derivar confusões de diversas ordens.

Sexto ponto: não se viu na elaboração **do novo Código** qualquer preocupação quanto à definição de algo como um método oficial **de ponderação**. O único pressuposto da ponderação é a colisão de normas. Por conseguinte, **não há espaço para** controle de doutrinalidade das decisões: atendidos os requisitos impostos pelo art. 489, uma decisão **não pode ser considerada** inválida **por não ter** seguido **a fórmula de** ponderação do X ou Y.

Sétimo ponto: **mesmo assim, não é qualquer** caso **de colisão de normas que** habilita **o uso da** ponderação para fundamentar uma sentença. **Os critérios de resolução de** antinomia apresentados **na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por exemplo**, não foram revogados **pelo novo Código**. Lei posterior continua revogando a anterior, a lei especial continua revogando a geral, etc. (MEIRA, 2015, p. 79-80).

? Os autores levantam alguns pontos **a respeito da técnica de ponderação de normas, a que a decisão do Superior Tribunal de Justiça** seleciona cinco: a) a discussão que permeou **a redação do artigo** teve sempre **a preocupação com a fundamentação da decisão que** tivesse que empregar a técnica de ponderação; b) **no âmbito da** discussão **da redação do artigo**, a ponderação não foi usada **em nenhum momento como elemento de** fundamentação da decisão, antes os termos '?colisão?' e '?ponderação?' foram adotados pelo **reconhecimento de que** eles já vêm sendo usados como argumentos para fundamentar decisões controversas; c) não

houve a devida delimitação do tipo de norma que pode ser objeto da ponderação, o que acabou gerando discussões e controvérsias; d) não houve, na elaboração do Código, a preocupação em determinar claramente um método oficial de ponderação, sendo dificultado o controle pela doutrina da aplicação da técnica; e) não é qualquer caso que autoriza o uso da ponderação para fundamentar a sentença automaticamente, sendo importante salientar que ainda há a vigência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que também tem métodos de resolução de antinomias.

Feito esse apanhado doutrinário, a corte constata um estado paradoxal de coisas: a ausência de critério claro de como e em quais casos deve ser usada a ponderação terminou por produzir receios de que o dispositivo em questão, que teve por finalidade diminuir a discricionariedade, acabou abrindo espaço para insegurança jurídica, dando abertura para que em sua aplicação surgissem decisões eivadas de aspectos subjetivos e alheios ao direito positivo (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online).

? Feita essas considerações, a corte lança mão da interpretação sistemática, à luz dos objetivos que orientam o Código de Processo Civil: o aprimoramento de técnicas processuais com a finalidade de alcançar maior efetividade na prestação jurisdicional e à orientação no sentido de criar uma jurisprudência íntegra, estável e coerente (Superior Tribunal de Justiça, 2017).

Neste sentido a corte fixa os seguintes entendimentos sobre o tema:

- a) o § 2º do art. 489 do CPC/2015 estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade da decisão judicial, sem revogar outros critérios de resolução de antinomias, tais como os apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;
- b) apenas se configura a nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador;
- c) o exame da validade/nulidade da decisão que aplicar a técnica da ponderação deve considerar o disposto nos arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015, segundo os quais a decisão judicial constitui um todo unitário a ser interpretado a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite;
- d) em recurso especial, a pretensão de revisão do mérito da ponderação

efetuada pelo Tribunal de origem pressupõe que se trate de matéria

23

infraconstitucional, além da indicação, nas razões recursais, das normas conflitantes e das teses que embasam a sustentada violação/negativa de vigência da legislação federal;

e) tratando-se de decisão fundamentada eminentemente na ponderação entre normas ou princípios constitucionais, não cabe ao STJ apreciar a correção do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

Ou seja, a tese fixada pela corte determina como critério de nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 quando não for possível verificar, nos fundamentos da decisão, o motivo pelo qual a ponderação foi necessária no caso concreto e como se estruturou o juízo valorativo do aplicador. A respeito da validade da decisão que aplicar a técnica de ponderação, o Tribunal afirma que devem ser levados em consideração os dispostos no artigo 282 e 489, §3, do Código de Processo Civil, segundo a qual a decisão deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos, em conformidade com o princípio da boa-fé, ponto este que foi examinado acima na discussão sobre o artigo 489 a partir da doutrina de Nery (2018), não havendo nulidade quando não se verificar prejuízo à parte que o alega, ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte que possa se aproveitar da nulidade.

Quanto ao caso concreto, a corte atesta que a sua solução não é trivial no âmbito da hermenêutica constitucional, sendo antes considerada verdadeiramente o que se convencionou a chamar de hard case (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). O dispositivo da decisão consta como:

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial apenas quanto ao pedido de decretação da nulidade do acórdão recorrido e, nessa extensão, nego-lhe provimento. Na origem, os honorários sucumbenciais foram fixados, por equidade, em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) ficando majorados para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária a partir da publicação do presente acórdão, a serem pagos em favor da parte recorrida, nos termos do art. 85, §§ 8º e 11, do CPC/2015. É o voto. (Superior Tribunal de Justiça, 2017)

Deste modo, a corte decide no sentido de não acolher a pretensão da parte autora, não vislumbrando nulidade do acórdão, que é considerado pelo Tribunal como tendo motivação racional. Esse entendimento leva em consideração o fato de

acórdão recorrido ter, segundo a corte, enfrentado **todas as questões** relevantes necessárias **à solução da controvérsia e** também ter apresentado **de forma clara** o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada **por meio da** exposição das razões fáticas e também jurídicas que fundamentaram **o seu convencimento** pela

24

prevalência **da liberdade de expressão** (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Portanto, restou decidido **o caso concreto** pela adequação da decisão da instância inferior quanto **à aplicação da ponderação de** normas, afastando-se **a tese da parte recorrente** a respeito de sua alegada inadequação.

O Tribunal também fixa entendimento do **que deve ser considerado** adequado quando **da aplicação do instituto da ponderação de** normas, para eventuais casos futuros. O próprio **Superior Tribunal de Justiça**, classifica o caso como um hard case, demonstrando a complexidade que a ponderação pode apresentar **em cada caso concreto, que**, entretanto, teve uma solução para essa complexidade dada pela corte, **a partir do** estabelecimento de uma diretriz firmada por ela quando for necessária a avaliação da adequação do instituto **no contexto da sua aplicação nos casos concretos**.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

? **O presente artigo** teve por objeto **a compreensão da** mudança ocorrida **no Direito Processual Civil**, quando o paradigma neoprocessualista se tornou dominante. Para tal, se examinou a técnica **de ponderação de normas, que**, como foi explicitado, constitui uma técnica que acabou ganhando mais relevo **no processo civil** quando da **passagem para o** paradigma neoprocessualista, podendo **ser considerada uma** técnica representativa dele.

Para compreender **esse novo paradigma** processual, **a partir do** método de pesquisa documental se examinou suas origens na história e na filosofia, **a partir de uma mudança** mais geral no Direito, da dominância da perspectiva positivista para a perspectiva pós-positivista, ocasionada no século 20. Também foi relacionado o neoprocessualismo **com o novo paradigma do Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo**.

Pontuada **a importância que a ponderação de** normas **passa a ter** neste contexto, se analisou o lugar desta técnica normativa **no Novo Código de Processo Civil, momento em que também** foi analisado o seu conceito **por parte da doutrina**. Essa discussão pôde ser melhor contextualizada quando foi examinado **a sua aplicação na prática a partir da análise do Recurso Especial 1.765.579-SP**, onde, **no âmbito do caso concreto, a corte, na decisão, examinou a natureza da ponderação de princípios no Novo Código de Processo Civil, fixando teses de sua aplicação**. **A ponderação de** normas constante **no artigo 489 do CPC se** revelou ter

25

aplicação complexa, podendo ocasionar o que o Tribunal chamou de hard case. Entretanto, no caso concreto objeto de estudo, a corte decidiu a questão, fixando também teses gerais sobre nulidade por violação do §2 do artigo 489 e sobre a ponderação de normas.

?

REFERÊNCIAS

26

ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da Ponderação à Brasileira. São Paulo: Revista de Processo, vol. 269/2017, p. 109-138, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil - vol. II. 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios - 18 ed. rev. e atual. - São Paulo:

Malheiros, 2018.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, jan/mar. 2011.

BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico. Trad. Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. DOU, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. DOU, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador*, número vol.17, dez, 2008.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3 - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC. *Revista da EMERJ, Rio de Janeiro*, vol. 14, n. 56, p. 74 - 107, out-dez, 2011.

MEIRA, Danilo Christiano Antunes e RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Colisão e ponderação de normas na elaboração do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 246. São Paulo: Ed. RT, 2015.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. -São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 26, 2006.

27

_____. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, vol. 2, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.765.579 - SP (2017/0295361-7), Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>>,. Acesso em: 21 mai. 2025

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível nº 1024271-28.2015.8.26.0100, Relator Viviani Nicolau, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Processos>>. Acesso em: 21 mai. 2025.

VAUGHN, Gustavo Favero; VEIGA, Natália Salva. Reflexões sobre a técnica da ponderação no Novo Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, vol.971, set, 2016



=====
Arquivo 1: [TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf](#) (8146 termos)

Arquivo 2: [ppgd.ufpa.br/sites/ppgd.ufpa.br/files/estudos_juridicos_fundamentais_1.pdf](#) (92360 termos)

Termos comuns: 928

Índice de similaridade antigo: 0,92%

Novo índice de similaridade: 11,33%

Índice de agrupamento: Alto

O texto abaixo é o conteúdo do documento **Arquivo 1**. Os termos em vermelho foram encontrados no documento **Arquivo 2**. Id da comparação: e493b7485b39e87x79

=====
UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Salvador
2025



DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Artigo apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade Católica do
Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador
2025

2

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco¹
Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo compreender o neoprocessualismo sob o prisma da aplicação da técnica de ponderação de normas. Em um primeiro momento se situa a compreensão do paradigma neoprocessualista em seu contexto histórico e teórico mais amplo, relacionando o seu surgimento com acontecimentos da história recente e com uma mudança mais ampla de paradigma filosófico dentro do Direito, representada pela passagem do paradigma positivista para o pós-positivista. Em seguida, se analisa a relação do neoprocessualismo com o neoconstitucionalismo, novo paradigma do Direito Constitucional. Na sequência, se estuda a ponderação de normas propriamente dita, situando a técnica dentro do Novo Código de Processo Civil, bem como sua formulação conceitual na doutrina. Por fim, se examina o Recurso Especial 1.765.579-SP como estudo de caso, visando contextualizar a discussão em um caso concreto. O presente estudo foi construído tomando como método a pesquisa documental, mobilizando, além do julgado em questão, livros e artigos de autores que tem o mesmo tema como objeto.

Palavras-chave: Neoprocessualismo. Ponderação de Normas. Novo CPC.

Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. 3. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO. 4. NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS. 5. NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: O CASO DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, não apenas como apenas sistema de normas mas sobretudo enquanto fenômeno teórico, passou por profundas transformações. Catastróficos acontecimentos do século 20, em especial a Segunda Guerra Mundial, motivaram o pensamento jurídico a reformular o seu paradigma filosófico, ou seja, seus aspectos teóricos mais amplos e fundamentais. Uma vez que que muitos daqueles

² Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodium, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador ? UCSAL, Professor de Direito da Universidade Católica do Salvador. E- mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.

¹ Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: danilo.pacheco@ucsal.edu.br

acontecimentos ocorreram sob a perfeita adequação ao Direito vigente à época, fez-se necessário pensar e construir **um novo paradigma para o pensamento jurídico, com vistas a** impedir que catástrofes como aquelas voltassem a ocorrer. Sendo o paradigma dominante naquele momento de crise **o positivismo jurídico**, surgiu como sua contraposição o pós-positivismo jurídico. A principal mudança que **este novo paradigma** apresentou foi a relativização **da distinção entre Direito e Moral**, admitindo-se, nesta perspectiva, critérios materiais **de validade das normas**. Essa mudança de orientação teórica influenciou tanto **o Direito Constitucional como o Direito Processual Civil**. **No Direito Constitucional, como** correspondente do pós-positivismo neste ramo, surge o neoconstitucionalismo, tendo por característica central o **caráter normativo da constituição bem como a vinculação dos direitos fundamentais a todos os ramos do direito**. Isso em forte contraste com a concepção positivista **de constituição, que** atribuía a esta um caráter meramente formal. **Já no âmbito do Direito Processual Civil**, o pensamento consequente ao pós-positivismo é o neoprocessualismo **que tem por** principal característica o maior relevo **dos princípios e** dos valores dentro do processo. Central no neoprocessualismo é **a busca por acesso à justiça, bem como a** mitigação dos excessos formalistas do paradigma anterior.

Uma mudança que se sobressai no **Direito Processual Civil** quando da passagem **para o paradigma** neoprocessualista é o maior relevo da técnica de ponderação de normas sobre a técnica de subsunção. A subsunção é a tradicional **aplicação da norma** certa aos fatos, já a ponderação, **no Direito Brasileiro**, aparece **no Código de Processo Civil** no artigo art. 489, § 2, **no contexto da** sentença, onde, havendo hipótese de colisão de normas, o juiz deverá justificar o objeto e critérios gerais da ponderação efetuada, explicitando as razões de afastamento **de uma das normas e** as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Para cumprir tal objetivo, será usado como estudo de caso **a análise do REsp** 1.765.579 - SP, onde **a ponderação de** normas é aplicada e também discutida em decisão pelo **Superior Tribunal de Justiça**. A pergunta central do artigo é: como é exercida **a ponderação de** normas na prática, técnica representativa do novo paradigma neoprocessualista?

4

Neste sentido, o objetivo deste trabalho é compreender essas mudanças teóricas **que o Direito** passa, em especial no **Direito Processual Civil**. Para tal, se investigará especialmente a técnica de ponderação de normas, **uma vez que a** mudança para uma maior relevância da técnica de ponderação sobre a subsunção constitui-se **como uma das mais** significativas que ocorreram quando da passagem

ao novo paradigma, o neoprocessualismo. O presente trabalho busca, portanto, através do método de pesquisa documental e revisão bibliográfica, compreender como essas mudanças teóricas se manifestam no âmbito do Direito Processual Civil.

2 NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

? A necessidade de se pensar um novo paradigma para o pensamento jurídico remonta ao século 20. Uma vez tendo-se derrotado os regimes totalitários no continente europeu, se constatou indispensável a tarefa da criação de uma nova estrutura teórica para o Direito que estabelecesse, por um lado, direitos e garantias individuais que protegessem o cidadão de eventuais abusos pelo Estado ou quaisquer outras formas de poder e, por outro, mecanismos de controle da Constituição, ocasionando a criação da assim chamada jurisdição constitucional (CAMBI, 2008). É importante, entretanto, que inicialmente se compreenda as características do paradigma anterior ao que seria contraposto posteriormente em resposta a essa crise: O positivismo jurídico. Segundo Bobbio (2015), o positivismo pode ser compreendido tanto como modo de aproximar-se do Direito, tanto como uma teoria ou concepção do mesmo ou ainda como uma ideologia de justiça (BOBBIO, 2015).

Como modo de se aproximar do Direito, o positivismo jurídico seria marcado pela clara distinção entre Direito real e Direito ideal. Seria justamente pela ênfase no Direito real em contraposição ao ideal que ele se caracterizaria. Essa ênfase conferiria ao positivismo jurídico um caráter que poderia ser chamado de científico (BOBBIO, 2015).

Já como teoria do Direito, o positivismo jurídico se caracteriza por acentuar fortemente a ligação do Direito com o Estado, ou seja, o positivismo seria uma teoria estatalista do Direito. Ainda de acordo com Bobbio (2015), isso confere à teoria positivista algumas consequências: a) Com relação à definição do Direito, a teoria

5

da coatividade, que o define como sistema de normas que se fazem valer pelo uso da força. b) Com relação a teoria da norma, a teoria imperativista, de acordo com a qual a norma jurídica é um comando; c) Com relação às fontes do Direito, a supremacia da lei sobre as demais fontes; d) Com relação ao ordenamento jurídico, a ele é atribuído o caráter de completude e, por consequência, de ausência de antinomias; e e) Em relação ao método da ciência jurídica, a consideração da atividade do jurista como essencialmente lógica (BOBBIO, 2015).

Por fim, ainda segundo Bobbio (2015), como ideologia, o positivismo jurídico representa a crença em certos valores. Esses valores atribuem ao Direito existente

um valor positivo independente de qualquer Direito ideal. Isso ocorre de duas maneiras: a) O **Direito positivo**, pelo simples fato de ser positivo, **ou seja, como** emanção de uma vontade dominante, é justo **no sentido de que o** critério para avaliar a sua justiça seria exatamente o mesmo que seria usado para julgar **sua validade ou invalidade**; e b) o **Direito positivo** serve, por **sua própria existência e** independente de qualquer valor moral, **à consecução de** certos fins desejáveis, como a ordem, a paz e de modo geral à justiça legal. Desses dois valores, segue-se que, para a ideologia positivista, **a norma jurídica deve** ser obedecida de per si (BOBBIO, 2015).

? Por mais estruturado que fosse o pensamento positivista, ele enfrentou sérias críticas, sobretudo **no decorrer do** século 20. Decisões extremamente apartadas de qualquer **noção de justiça como** as que atravessaram todo o regime fascista e nazista não poderiam mais ser aceitas pela sociedade (BICALHO et al, 2011). Nesse contexto histórico dramático, se abriu um ambiente propício para renovação dentro **do pensamento jurídico**, e é neste contexto que surge o pós-positivismo ou o não positivismo (BICALHO et al, 2011). Segundo Bicalho e Fernandes (2011) **a crise do** pensamento positivista pode ser explicitada em duas razões centrais: a) **a pluralidade das sociedades pós-modernas, que** acabaram evidenciando a limitação **da noção de** completude do sistema positivo codificado; e b) pela dificuldade apresentada pela concepção positivista quando **da necessidade de** mitigar **a aplicação de** normas positivas, quando **for o caso de** ser flagrante que as soluções por elas apresentadas **no momento da** aplicação forem absurdas ou desproporcionais (**como no caso do** sacrifício de **seres humanos na** Alemanha nazista) (BICALHO et al, 2011).

6

? O pós-positivismo conta como adeptos autores como Alexy, Dworkin, Bonavides e Barroso, dentre outros (BICALHO et al, 2011). Apesar desses autores possuírem entre si discordâncias dentro de suas perspectivas teóricas, um fio comum entre eles pode ser apontado como: a relativização **da separação entre Direito e Moral, bem como a** admissão de critérios materiais para a **validade das normas. Uma vez que uma** crítica central **ao positivismo jurídico** é **a falta de** critérios valorativos **para a aplicação das normas**, o pós-positivismo trabalha **no sentido de conferir** bases axiológicas, ou seja valorativas, **para a sua** aplicação, **principalmente a partir do Direito Constitucional** (BICALHO et al, 2011).

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO

? Diante deste contexto de mudança teórica, o Direito considerado enquanto

sistema de normas foi expressivamente afetado em seus ramos, sobretudo em dois dos mais fundamentais deles : **o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil**. A mudança que se estabeleceu como decorrência dos fenômenos analisados no tópico acima **no âmbito do Direito Constitucional é o que se denomina neoconstitucionalismo, que representa um novo paradigma dentro do Direito Constitucional**. As alterações mais importantes que **este novo paradigma** apresenta, segundo Cambi (2008), podem ser sistematizadas em **três aspectos distintos**. O primeiro desses aspectos é o histórico e já foi delineado em suas linhas centrais no tópico anterior. Cumpre apenas destacar como marco legislativo a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, **isto é a Grundgesetz**, a Constituição alemã. Outras constituições também se compõem como marco da mudança **para o paradigma neoconstitucionalista**, quais sejam, as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978). **No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988** sofre forte influência desses marcos legislativos, sobretudo por se caracterizar historicamente como passagem de um regime autoritário para um democrático, lançando **as bases para um Estado Democrático de Direito no Brasil**. Segundo Cambi (2008), apesar de **a Constituição brasileira** ter sofrido diversas reformas constitucionais **ao longo do tempo**, ela logrou criar uma cultura jurídica de valorização de um sentimento constitucional. Após sua promulgação, diversos episódios de instabilidade política, próprios da história recente do Brasil,

7

encontraram nela soluções, criticáveis ou não, de manutenção da estabilidade democrática. O segundo aspecto da alteração é o filosófico e também foi delineado **em linhas gerais** no tópico anterior, **qual seja, a** passagem para a tendência pós-positivista. Cumpre apenas destacar **o papel dos princípios, que** para essa nova matriz teórica, deixam de ter aplicação meramente secundária, **isto é, de ter a função de** apenas colmatar lacunas e passam agora a ter relevância jurídica na confirmação judicial de direitos (CAMBI, 2008).

Além dos **aspectos históricos e** filosóficos, o neoconstitucionalismo representa também expressivamente mudanças de natureza teórica. **De acordo com** Cambi (2008), seguindo a linha do pensamento do professor e ministro Luís Roberto Barroso, as mudanças teórica trazidas pelo novo paradigma podem ser divididas em três vertentes: a) **o reconhecimento de** força normativa à Constituição; b) **a expansão da jurisdição constitucional**; c) **o desenvolvimento de uma nova** dogmática da interpretação constitucional. Segundo o autor, **ao afirmar que as normas constitucionais** têm força normativa, com isso estamos **reconhecendo que a Constituição não é apenas** uma carta política mas tem conteúdo jurídico imperativo. **Isto é, a partir do momento em que se reconhece a Constituição como lei**, seus

princípios e regras devem ter normatividade, regulando condutas e produzindo expectativas de comportamentos. Essa é uma concepção nova de Constituição, uma vez que se contrapõe a visão clássica, onde a carta constitucional era encarada apenas como declaração política, programa de futuro ou também mera exortação moral (CAMBI, 2008).

Neste contexto, a positividade da norma constitucional é sobretudo a vinculação positiva do legislador a ela, bem como de todos os órgãos concretizadores do Estado, seja o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário, que devem encarar a Constituição como diretivas materiais permanentes. Por fim, ela passa a funcionar como limites materiais negativos para o poder público em geral, passando a ser considerados inconstitucionais os atos que sejam contrários a ela (CAMBI, 2008).

Uma consequência dessa expansão da normatividade constitucional é a expansão da jurisdição constitucional. Ela se reflete na realidade do Direito brasileiro em especial pelo controle de constitucionalidade, havendo agora uma ampliação considerável deste mecanismo. A Constituição de 1988 acabou ampliando o controle

8

abstrato de constitucionalidade, alargando os legitimados ativos para propor as ações que o compõem e, também, criando outros instrumentos de jurisdição constitucional como por exemplo a Ação Direta de Constitucionalidade (CAMBI, 2008).

Por fim, a última vertente elencada por Cambi (2008) que expressa a mudança representada pelo neoconstitucionalismo em seu aspecto teórico, é o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Aqui se trata sobretudo da constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais (CAMBI, 2008).

Para o autor, houve uma mudança do centro gravitacional hermenêutico, ou seja interpretativo, dos códigos para a constituição. Essa nova orientação interpretativa não rompeu completamente com os clássicos métodos de interpretação jurídica, os tradicionais métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico: antes a nova dogmática de interpretação constitucional trazida pelo neoconstitucionalismo informa o intérprete que lançar mão dos métodos tradicionais, da teoria dos princípios, em prevalência sobre a teoria das regras. Segundo Cambi (2008), de acordo com a teoria das regras, prevalece a dicotomia validez-invalidéz, ou seja, diante de uma antinomia, o intérprete lançaria mão de critérios tradicionais como lex superior derogat inferior, lex specialis derogat generalis e lex posterior derogat priori. Mas, de maneira mais significativa para o autor, a característica fundamental que a teoria das regras conferire à hermenêutica jurídica é a de tudo ou

nada. Agora, com a primazia da teoria dos princípios, torna-se possível um ajuste às pretensões sociais legítimas, permitindo-se, por exemplo, solucionar-se colisões entre direitos fundamentais (CAMBI, 2008).

Particularmente, dessa mudança na interpretação jurídica, na qual existe, agora, um forte relevo e evidência da Constituição para o intérprete do Direito na aplicação, uma consequência direta se apresenta a outro ramo do Direito além do Direito Constitucional: o Direito Processual Civil. Entretanto, para que se possa compreender as mudanças apresentadas neste ramo como consequência dos fenômenos discutidos até então, é necessário analisar suas etapas de desenvolvimento.

As etapas de evolução do Direito Processo Civil são sobretudo metodológicas, podendo ser divididas em quatro fases (LOURENÇO, 2011). As

9

fases são: a) praxismo ou fase sincretista; b) processualismo ou fase do autonomismo; c) instrumentalismo; e por fim d) neoprocessualismo ou formalismo valorativo ou formalismo ético (LOURENÇO, 2011).

Em um primeiro momento, na fase do praxismo, o que se dava era a completa confusão entre o direito material e o direito processual. Nesta fase o Direito Processual não era autônomo, tendo pouca fundamentação teórica e científica construída pelos juristas. Entretanto, estudos de juristas alemães no século 19 sobre a natureza da ação e do processo contribuíram para a superação dessa etapa metodológica (LOURENÇO, 2011).

Superada essa etapa, surge a fase do processualismo, com a perspectiva de autonomia do processo. Agora ele começa a ser estudado mais profundamente e suas bases são lançadas cientificamente, em separado do direito material. Segundo Lourenço (2011), é nesta etapa, pela preocupação dos juristas em conferir autonomia ao processo em relação ao direito material, que surge o formalismo exagerado, ou seja, estudar o processo em si, sem a preocupação de que esse estudo possa fazer alguma referência imediata à realidade.

Interessante reflexão sobre o formalismo foi delineada por Oliveira (2006).

Refletindo sobre o formalismo processual, o autor o caracteriza, em sentido amplo, como a totalidade formal do processo, considerando especialmente a delimitação dos poderes. Forma, para esse autor, significa começo e fim, circunscrição de material a ser formado, estabelecimento de limites de ação e cooperação dos agentes dentro do processo (OLIVEIRA, 2006). O formalismo, para ele, visa controlar, sobretudo, eventuais excessos que as partes possam cometer, conferindo ordem ao procedimento. Segundo o autor, o formalismo se constitui enquanto elemento não só de efetividade como de segurança do processo. Entretanto, com o

passar do tempo, o pensamento formalista sofreu desgaste e passou a ser um formalismo excessivo.

O problema, segundo ele, é que esse poder organizador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do litígio acabe resultando em uma aniquilação do próprio direito ou em um retardamento irrazoável do processo (OLIVEIRA, 2006). Neste caso o formalismo acaba obstando que o instrumento atinja sua finalidade, a que sugere o autor que o jurista lance mão de uma atitude mais aberta, entretanto sem desprezar o formalismo, considerando que no caso do sistema brasileiro, este

10

possui meios suficientes para a solução, que, segundo ele, tem a forma de uma antinomia entre justiça e formalismo.

No terceiro momento de evolução metodológica, a fase do instrumentalismo, o processo passa a ser considerado como instrumento do direito material. Essa postura metodológica do Direito Processual, aparece agora como forma de corrigir os excessos formalistas da etapa metodológica anterior, que foi encarada como excessivamente técnica. Agora o processo não é visto como um fim em si mesmo, tendo surgido nesta etapa as ideias de promoção de maior acesso à justiça. Essa fase é, portanto, mais crítica (LOURENÇO, 2011).

Por fim, em sua última etapa de desenvolvimento metodológico, surge o neoprocessualismo ou formalismo valorativo, ou ainda formalismo ético. Nesta fase é onde o instrumentalismo interage com as mudanças de paradigma que ocorreram no Direito Constitucional. Oliveira (2014), ao refletir sobre essa última mudança no pensamento processual, chega mesmo a afirmar que se o processo não pode mais ser compreendido como mera técnica e sim como instrumento de realização de valores, em especial, valores constitucionais, podemos considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Lourenço (2011), sintetizando os pontos centrais da passagem ao paradigma neoprocessualista no Direito Processual Civil, os elenca como uma série de substituições: a) princípios no lugar de regras, ou pelo menos mais princípios do que regras); b) ponderação no lugar de subsunção, ou pelo menos, mais ponderação do que subsunção); c) justiça particular em vez de justiça geral, ou ainda, mais análise individual e concreta que geral e abstrata; d) Poder Judiciário em vez de Poder Executivo ou Legislativo, ou mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo ou Executivo; e) Constituição no lugar da lei, ou, maior e mais direta aplicação da Constituição no lugar da lei.

Para os fins do presente artigo, a compreensão da mudança que a passagem ao paradigma neoprocessualista ocasiona, se analisará de modo mais detido o ponto central elencado acima no item ?b? pelo autor, a prevalência da ponderação

sobre a subsunção. Para tal se estabelecerá tanto o lugar da técnica de ponderação de normas no Código de Processo Civil, quanto a sua definição na doutrina.

11

4 NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS

O Código de Processo Civil de 2015 é um marco da passagem ao neoprocessualismo nos termos acima delineados (VAUGHN et al, 2016). Já em seu primeiro artigo, ele consagra a interpretação constitucionalizada de todos os dispositivos nele contidos, reconhecendo em seu âmbito a força normativa da constituição (VAUGHN et al, 2016). Como ficou claro na discussão dos tópicos anteriores, é precisamente a presença mais forte do Direito Constitucional no Direito Processual Civil a característica central do paradigma neoprocessualista. Neste mesmo sentido, uma mudança significativa com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015 foi no âmbito do dever de fundamentação das decisões judiciais, consagrado no art. 489 do referido diploma (VAUGHN et al, 2016). O artigo 489 estabelece que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

- I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
- II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em

juízo ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL, 2015)

Esse dispositivo específico tem por inspiração direta o artigo 93, IX, da Constituição Federal, e determina certos critérios de qualidade a serem preenchidos para que a decisão possa ser considerada fundamentada. A razão de ser da

12

importância conferida à fundamentação é a defesa do jurisdicionado em relação aos eventuais julgamentos arbitrários que ele possa ser submetido (VAUGHN et al, 2016).

Entretanto, sendo objeto de estudo do presente artigo mais especificadamente a ponderação de normas, o dispositivo central a ser analisado é o parágrafo segundo do artigo 489. O parágrafo em questão possui a seguinte redação:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 2015)

Para que se possa compreender o artigo em questão, é necessário examinar o conceito de ponderação de normas na doutrina, tarefa que encontra na obra de Ávila (2018) uma contribuição notável.

Segundo o autor, normas jurídicas podem ser compreendidas como o resultado final da interpretação. A interpretação propriamente dita tem como objeto imediato os dispositivos jurídicos (ÁVILA, 2018). É possível, por exemplo, haver normas sem que haja um dispositivo específico e determinado a ela diretamente vinculados. Por exemplo, no caso do princípio da segurança jurídica. O autor, após reconstruir de maneira crítica a história da conceituação das espécies normativas por parte da doutrina, desenvolve a sua própria definição a respeito delas. Segundo ele:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja

aplicação **se exige a** avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios **que lhes são** axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre **o estado de coisas** a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2018, p. 102)

Ou seja, para ele, regras são normas descritivas, retrospectivas que tem como função ser parâmetro para decisão e serem abrangentes, tendo, na aplicação, **a necessidade de** se avaliar a correspondência entre os fatos e ela. **Já os princípios são normas** voltadas para um fim, tendo como função primordial ser uma orientação prática.

13

Existe, entretanto, além **dos princípios e** das regras, uma **outra espécie de** norma de fundamental importância: os postulados normativos. **Essa espécie de** norma é imediatamente metódica. Elas instituem critérios de aplicação para **outras normas, que**, essas sim, se situam **no plano do** objeto da aplicação (ÁVILA, 2018). Um desses postulados normativos **é precisamente a** ponderação. Segundo Ávila, **a ponderação de** bens consistiria em um:

Método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a **pontos de vista** materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. Para **este trabalho é** importante **registrar que a** ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil **para a aplicação do Direito. É** preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios (ÁVILA, 2018, p. 185).

Salienta também **o autor que é importante** separar e apreciar a sutileza dos elementos envolvidos na ponderação, quando da sua aplicação, **quais sejam: a) os bens jurídicos;** b) os interesses; c) os valores; por fim, d) os princípios. **Os bens jurídicos** seriam situações, estados ou propriedade essenciais particulares da promoção **dos princípios jurídicos**. Os interesses são os próprios bens jurídicos enquanto vinculados a algum sujeito que os procura obter. Já os valores são o aspecto axiológico, ou seja, valorativo, das normas, indicando **o que é bom, isto é, o que é** digno de ser buscado ou preservado. **Por fim os** princípios propriamente ditos,

são, para o autor, o aspecto deontológico **dos valores, que além de** demonstrar que algo **deve ser buscado**, determinam que este algo deve também ser promovido (ÁVILA, 2018).

Em relação às etapas da ponderação, isto é, as etapas da aplicação dessa espécie de norma, **o mesmo autor** a divide em três: a) preparação da ponderação (Abwägungsvorbereitung, em alemão, idioma **no qual o** conceito se originou); b) realização da ponderação (Abwägung); **e, por fim**, c) reconstrução da ponderação (Rekonstruktion der Abwägung). A primeira etapa, a da preparação da ponderação, é onde se analisam **todos os elementos** e argumentos, o mais exaustivamente possível. Na segunda etapa, a **da realização da** ponderação, o intérprete que aplica a ponderação vai fundamentar a relação estabelecida **entre os objetos** de sopesamento.

No caso da ponderação, nessa etapa deve ser indicado **a relação da** primazia de um objeto ponderado **sobre o outro. Por fim, na** reconstrução da

14

ponderação, se formam regras de relação, inclusive de primazia de um objeto **sobre o outro**, com **pretensão de validade** para além do caso (ÁVILA, 2018). **Por fim, o** autor **destaca que os critérios de** ponderação podem ser vários, devendo, entretanto, ter o intérprete que vai aplicar essa espécie normativa, a maior atenção **aos princípios constitucionais e, também, as regras de** argumentação **que podem ser** construídas a partir deles.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a ponderação de normas aparece **no Código de Processo Civil no § 2.º do art. 489 do CPC**. Segundo Arenhart, Marinoni e Mitidiero, **o Código de 2015** apresenta ao todo três postulados normativos **ou seja, como** visto acima, **tipos de normas que** têm como objeto **a aplicação de** outras normas: proporcionalidade, razoabilidade e ponderação (Arenhart et al, 2015). A proporcionalidade é o postulado normativo que visa estruturar **a aplicação de** duas normas que mantêm entre si relação de meio e fim. Já a razoabilidade, é o segundo postulado constante **no Código de Processo Civil**, e tem três acepções básicas, razoabilidade como equidade, congruência e como equivalência; **por fim, a ponderação de** normas seria, no Código, o postulado normativo que visa atribuir peso a elementos que se entrelaçam. Cada um desses postulados existe para solucionar determinados problemas específicos, tendo **cada um deles** sua própria estrutura de aplicação, bem como sua particular exigência aplicativa quando for necessária a **sua aplicação em cada caso concreto** (Arenhart, 2015).

Ocorre que **dentre as diversas** maneiras **que as normas** podem se relacionar entre si, **no caso do §2 do art. 489 do CPC**, a hipótese apresentada **é a de que** **diferentes** finalidades normativas apontam **para soluções diversas** ou mesmo

opostas, quando for necessário aplicar todas elas: **é o que o Código** chama de ?colisão de normas?. Segundo os mesmos autores, quando o Código fala de ponderação, **pode ser o caso de** emprego do método de proporcionalidade, por exemplo. Caso seja hipótese de lançar mão do postulado da ponderação particularmente no caso, **o juiz deve** ?justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação, enunciando **as razões que** autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão?. Entretanto, caso seja hipótese de emprego da proporcionalidade, deve o magistrado explicitar **a relação entre** meio e fim bem como justificar argumentativamente a adequação, necessidade e proporcionalidade **em sentido estrito** da decisão. **Ainda de acordo com a** lição dos

15

autores, o emprego genérico de postulados normativos, sem qualquer ligação com suas funções previamente estabelecidas pelo código e aquilo que é autorizado judicialmente para **cada caso concreto**, constitui violação ao dever fundamental de fundamentação analítica (ARENHART et al, 2020).

5 NEOPROCESSUALISMO **NA PRÁTICA: O CASO DO RECURSO ESPECIAL** 1.765.579-SP

Examinando a posição **da ponderação de** normas **no Código de Processo Civil**, bem como sua conceituação na doutrina, passa-se agora ao exame **de um caso** em que essa técnica foi aplicada **em um caso concreto**, a saber, no recurso especial 1.765.579-SP. O estudo de caso do recurso em questão possibilitará **a compreensão de como a ponderação de** normas, técnica normativa que, como ficou claro nos tópicos anteriores, acabou ganhando destaque na passagem ao paradigma neoprocessualista, acontece **na prática**.

? **O** recurso especial 1.765.579-SP foi interposto pela Sociedade Beneficente Muçulmana impugnando acórdão **do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Em suas razões, a parte alegava a violação dos seguintes dispositivos (acrescidos das suas respectivas teses):

- a) **art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015** - apontando a omissão do acórdão recorrido quanto aos motivos para priorizar **o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da** liturgia e da crença religiosa; e
- b) **art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015** - alegando que **o Tribunal de** origem não justificou os critérios gerais **da ponderação de** princípios conforme determina a nova legislação processual, isto é, enunciando **as razões que** autorizavam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que

fundamentaram a conclusão. (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

? A ação de origem é de natureza indenizatória e foi ajuizada pela Sociedade Beneficente Muçulmana contra a Google Brasil Internet Ltda. O objetivo era a remoção de vídeo disponível na plataforma YouTube da música ?Passinho do Romano?, sob a alegação de que tal conteúdo ofendesse a religião islâmica em virtude do uso indevido de passagens do Alcorão. De acordo com a parte autora, o videoclipe veiculado pela empresa ré, bem como a respectiva canção do gênero funk que o acompanha, utilizaram trechos remixados do Alcorão, livro considerado

16

sagrado para religião muçulmana, que, segundo a parte autora, somente poderiam ser recitados dentro de um contexto próprio da liturgia da religião em questão.

? O juízo de primeiro grau declarou improcedente a demanda, ressaltando que sendo a ré mera provedora de hospedagem do conteúdo, não possuiria dever de monitoramento e fiscalização permanente do sistema, de modo que ela não poderia ser responsabilizada pelos vídeos inseridos na plataforma YouTube por terceiros usuários. Mediante a ponderação dos princípios da liberdade de expressão e da liberdade religiosa, a sentença concluiu pela ausência de ilicitude pela razão de que a obra em si mesma considerada não possuiria elemento discriminatório (o assim chamado hate speech) sendo, antes, manifestação da cultura popular, tutelada constitucionalmente pelo direito à liberdade de expressão (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online).

? Tal entendimento foi corroborado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao negar a apelação da parte autora. No acórdão, a Corte estadual analisando os fatos e as provas, bem como o teor das mídias impugnadas, asseverou que "a canção sequer menciona ou faz alusão, positiva ou negativa, ao islamismo e seus seguidores", e a respeito da alegação da parte autora de que a mera incorporação à canção de trechos do Alcorão por si só configuraria ilicitude, salientou que: a inserção de trecho do Alcorão na música e nos vídeos pode ser conduta rechaçada pela religião islâmica e um desrespeito aos preceitos subjetivos dos muçulmanos, mas não é um desrespeito à liberdade de crença religiosa ou ao sentimento religioso, nem ato que rompe os limites do exercício da liberdade artística.

Aliás, como os direitos fundamentais se estendem a todos, a insatisfação da comunidade religiosa pode se manifestar no próprio campo do exercício da liberdade de expressão, sobretudo por meio da crítica, o que é inerente ao jogo democrático de uma sociedade plural.

A insatisfação não constituirá razão suficiente, porém, para provocar a tutela

jurisdicional do Estado e materializar um mecanismo de censura (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2016, online)

? Ademais, segundo o entendimento da corte paulista, não se poderia proibir a reprodução de conteúdo de um livro religioso com fundamentos em dogmas erigidos pela própria obra, pois isso seria o mesmo que permitir que uma regra religiosa que vincula àqueles que a ela pertencem pudesse ser dotada de eficácia abstrata a todos indiscriminadamente (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Inconformada, a parte autora opôs embargos declaratórios alegando existência de omissão e obscuridade no acórdão. Segundo ela, o Tribunal se negou a analisar o real teor de suas alegações, quais sejam: a tese de que a violação à liberdade

17

religiosa decorreria da simples utilização dos trechos sagrados em vão, fora do contexto da liturgia (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Sendo os aclaratórios rejeitados pela corte, houve ensejo a um recurso extraordinário e ao recurso especial, objeto do presente tópico.

? No Recurso Especial a recorrente alega mais uma vez a nulidade do acórdão, com base na violação do arts. 1.022 do CPC/2015 e do 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. Em síntese, suas teses são:

- (i) a suposta omissão quanto aos motivos para priorizar o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa, e
- (ii) a não explicitação dos critérios gerais da ponderação de princípios efetuada, conforme disposto no § 2º do art. 489 do CPC/2015. (Superior Tribunal de Justiça, 2016, online)

? A corte então apresentou sua argumentação em dois pontos: no primeiro, sobre a ausência de violação do art. 1.022 do CPC/2015; no segundo, sobre a motivação das decisões judiciais e da técnica de ponderação no CPC/2015 (Superior Tribunal de Justiça, 2016). A respeito do primeiro, a corte reforça o entendimento da instância inferior, sustentando que o Tribunal indicou adequadamente os motivos que formaram o seu convencimento, não se vislumbrando nem omissão, nem contradição, obscuridade ou erro material para efeito do que dispõe o art. 1.022 do CPC/2015.

No segundo ponto, a argumentação vai se centrar na hipótese de ponderação de normas, ancorada no art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. A recorrente afirma no recurso que o Tribunal não explicitou os critérios nem as razões adotadas para conferir primazia à liberdade de expressão artística sobre a inviolabilidade de liturgia religiosa, princípios fundamentais assegurados nos incisos IX e VI do art. 5º da

Constituição Federal de 1988, respectivamente (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online).

Antes de adentrar na análise dos debates constantes na decisão da corte, cumpre tecer uma análise mais detida acerca do Artigo 489. Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, **a motivação da sentença** tem por finalidade imediata demonstrar ao próprio magistrado a **lógica jurídica que** legitima a decisão, mostrando à parte sucumbente que ela **não é fruto** da sorte e do acaso, antes decorrendo da lei (NERY, 2018).

A falta ou deficiência na fundamentação gera nulidade, conforme o artigo 93, IX, **da Constituição Federal. Em relação ao §2 do artigo**, os autores defendem que

18

se restrinja **o uso da** ponderação às normas **constitucionais, como os princípios e direitos fundamentais**, argumento levantado por eles que também será usado pelo Tribunal **no contexto da** discussão do Recurso Especial e será mais detalhadamente examinado abaixo. Quanto à interpretação **da decisão judicial**, os autores pontuam que **ela deve ser** interpretada **levando em consideração** todos os seus componentes em conjunto, devendo ser considerados **como um todo** orgânico. Ainda pontuam **o dever de** atitude de boa fé na interpretação da sentença, não devendo-se pautar ela pela distorção **do que foi** dito pelo juiz (NERY, 2018).

Prosseguindo agora **para a análise do** debate levantado na decisão pelo Tribunal, a corte, analisando detidamente **o significado da** demanda, afirma que: De certa forma, pode-se considerar que o objetivo derradeiro da norma é dar concretude ao **que determina o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal**, garantindo meios **para que a** interpretação corresponda à entrega de uma prestação jurisdicional efetiva (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online)

? **A que a sentença** avalia que a norma **em questão, a saber, § 2º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015**, suscitou controvérsias no meio doutrinário, em especial pela imprecisão da expressão "**colisão entre normas**", **bem como a** incorporação no sistema brasileiro da complexa **teoria da ponderação** desenvolvida por Robert Alexy (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online).

Aferindo a doutrina, o Tribunal referencia **uma série de** autores que examinaram o referido artigo. Os autores em questão são: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery; Georges Abboud e Júlio César Rossi; Fredie Didier; e Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues.

Segundo a lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a ponderação ali prevista deveria se limitar somente **a direitos fundamentais e a**

princípios constitucionais. De acordo com eles:

"(...) A nosso ver, existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica ? as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de que se refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais." (NERY, 2018, p. 1164)

Pelo trecho usado na decisão, pode-se concluir que os autores em questão são mais conservadores em relação à técnica de ponderação. Eles avaliam que a

19

existência dessa técnica surgiu com a finalidade de superar dificuldades na aplicação de normas que são do Direito Constitucional, como os direitos fundamentais e princípios constitucionais. Para eles, a utilidade da ponderação se restringe a situações em que, na aplicação dessas normas, forem insuficientes as regras da hermenêutica jurídica tradicional. Os autores defendem a posição de que não é adequada a interpretação de que qualquer antinomia pode ser resolvida por ponderação de normas.

? O Tribunal em seguida, mobiliza outros autores na análise, Georges Abboud e Júlio César Rossi, para os quais o dispositivo em questão seria inconstitucional: Há incompatibilidade substancial entre o que preceitua o artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil e o que determina nossa tradição em fundamentar toda a decisão judicial e administrativa, colocando em colapso a recém (e ainda mal compreendida) estrutura do próprio Código, notadamente ao negar vigência aos artigos 10, 11, 489, § 1º, 926 e 927.

A ponderação de regras - genuíno caso brasileiro - limita-se a uma decisão subjetiva do aplicador na medida em que escolheria de forma ad hoc, diante de um caso (ou de uma tese, como querem os vanguardistas), o qual das regras seria afastada em face desse sopesamento. Mais precisamente, ao ponderar regras, torna-se possível ao julgador afastar determinada prescrição legislativa sem realizar o controle de constitucionalidade da lei. Esse afastamento, sem a intermediação do controle difuso de constitucionalidade, é impensável em uma democracia. Daí a inconstitucionalidade do § 2º, ele é um paradoxo porque se trata de dispositivo legal que pode dar vazão a uma aplicação do direito nos padrões

da escola de direito livre, criticada desde P Heck (ABBOUD et al. 2017, p. 135)

Os autores aqui discutidos pela corte acreditam que a ponderação de normas contidas no § 2º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 seria inconstitucional. Segundo eles, ao afastar uma norma em favor de outra, se estaria abrindo espaço para a subjetividade do juiz na decisão uma vez que esse afastamento seria feito de modo ad hoc, ou seja, de caso em caso. Além disso, segundo eles, ao afastar uma regra, sem antes passar pelo crivo do controle difuso de constitucionalidade, se estaria agindo de modo inconstitucional. Pelo trecho usado pelo Tribunal, pode-se inferir que os autores consideram o instituto da ponderação no Código de Processo Civil algo perigoso e que faria referência à escola de direito livre, que segundo eles, já tem sido criticada na doutrina há muito tempo.

Já para outro autor elencado na decisão, Fredie Didier, o dispositivo em questão deve apenas orientar como o julgador deve agir e determinar o conteúdo mínimo da decisão em hipótese de conflito normativo. Segundo ele:

20

O primeiro passo é saber se se trata de conflito entre regras ou entre princípios.

Segundo Alexy, para solucionar um conflito entre regras é necessário que uma das regras integre uma hipótese de exceção à outra, ou então que uma delas seja invalidada e expurgada do ordenamento, em nome da subsistência da outra, verificando-se, pois, se a regra está dentro (como exceção) ou fora (por invalidação) do ordenamento. Dessa forma, constatada a contradição entre 'juízos concretos de dever-ser', se ela não pode ser sanada com a inserção de uma 'cláusula de exceção' em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada.

Essa não é, contudo, a solução para a colisão entre princípios. Nesses casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado. Na verdade, em uma 'dimensão de pesos' (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro - caso em que o conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento. (DIDIER, 2018, p. 373-374)

? Neste caso, o autor destaca que o primeiro passo na hipótese de conflito de normas é estabelecer se se trata de conflito entre regras ou entre princípios, dois

tipos básicos de norma, como se demonstrou no tópico acima. Para ele, seguindo a linha **do pensamento de Robert Alexy, em se tratando de** conflito de regras, caso não se possa sanar a contradição **entre elas, uma** exclui a outra **em caso de** conflito, sendo uma válida e outra inválida. De modo diferente ocorre quando há conflito entre os princípios, onde **o que se leva em** consideração é o **?peso? de cada um deles**, devendo o aplicador verificar na situação prática **do caso concreto** qual pesa **mais que o** outro, devendo este ter preferência **sobre o outro**.

? E ainda, segundo **a doutrina do** autor citado pela corte, aprofundando a discussão, refletindo sobre **a distinção entre princípios e regras**, afirma ser partidário **da tese de que a** ponderação também pode ser usada **na hipótese de** eventual conflito de regras:

As regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; **as regras podem** ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias; às regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão de ponderação.

Nas suas palavras, 'a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, **na medida em que** qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador

O importante é que, **qualquer que seja** a técnica utilizada para superar o conflito normativo, ela exige do juiz uma justificação. Não basta dizer, **por exemplo, que uma regra** constitui exceção do que diz a outra, ou **que, no caso concreto**, um determinado princípio deve prevalecer sobre outro (DIDIER, 2018, p. 374-375)

21

? **Segundo o** autor, portanto, **é o caso de** utilizar a técnica de ponderação também as regras. Por fim, ele declara que **em todas as** hipóteses que for preciso usar **a ponderação de** normas, **deve o juiz justificar** ela, sendo este ponto muito importante.

Em seguida, na decisão, o Tribunal menciona **a doutrina de** Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues, que é voltada a reconstruir os debates legislativos travados na ocasião da confecção do diploma processual. **A respeito do § 2º do art. 489 do CPC/2015**, a corte ressalta a conclusão dos autores sobre alguns pontos:

Primeiro ponto: por trás da redação do dispositivo que incluiu **a previsão de**

colisão e ponderação de normas **no novo Código de Processo Civil**, sempre esteve presente - **e de maneira** inequívoca - **a preocupação com a** adequada **exposição das razões que** justificam **as decisões jurídicas**, especialmente daquelas que se fundamentam em conceitos indeterminados princípios e **demais elementos que** poderiam ocultar decisões subjetivas. Segundo ponto: em nenhum momento foi proposta uma redação que indicasse uma sugestão ou determinação **do uso da** ponderação como elemento de fundamentação de decisão. Os termos 'colisão' e 'ponderação' foram incluídos **no novo Código** pelo **reconhecimento de que** eles já constituem argumentos usados para fundamentar decisões questionáveis. Quinto ponto: não houve preocupação quanto à definição qualitativa e/ou formal da norma passível de colisão **e, por conseguinte**, que enseja ponderação. Em tese, da redação do enunciado podem derivar confusões de diversas ordens.

Sexto ponto: não se viu **na elaboração do novo Código** qualquer preocupação quanto à definição de algo como um método oficial de ponderação. O único pressuposto da ponderação é **a colisão de** normas. Por conseguinte, não há espaço para controle de doutrinalidade das decisões: atendidos os requisitos impostos pelo art. 489, **uma decisão não pode ser considerada** inválida por não ter seguido **a fórmula de** ponderação do X ou Y.

Sétimo ponto: mesmo **assim, não é qualquer** caso de colisão **de normas que** habilita **o uso da** ponderação para fundamentar uma sentença. **Os critérios de resolução de** antinomia apresentados **na Lei de** Introdução às Normas do **Direito Brasileiro, por exemplo**, não foram revogados pelo novo Código. Lei posterior continua revogando a anterior, a lei especial continua revogando a geral, etc. (MEIRA, 2015, p. 79-80).

? **Os autores** levantam alguns pontos **a respeito da** técnica de ponderação de normas, **a que a decisão do Superior Tribunal de Justiça** seleciona cinco: a) a discussão que permeou **a redação do artigo** teve sempre **a preocupação com a fundamentação da decisão que** tivesse que empregar a técnica de ponderação; b) **no âmbito da** discussão da **redação do artigo**, a ponderação não foi usada em nenhum momento como elemento de **fundamentação da decisão**, antes os termos ?colisão? e ?ponderação? foram adotados pelo **reconhecimento de que** eles já vêm sendo usados como argumentos para fundamentar decisões controversas; c) não

que acabou gerando discussões e controvérsias; d) não houve, **na elaboração do Código**, a preocupação em determinar claramente um método oficial de ponderação, sendo dificultado o controle pela doutrina **da aplicação da técnica**; e) **não é qualquer** caso que autoriza **o uso da ponderação para fundamentar a** sentença automaticamente, sendo **importante salientar que** ainda há **a vigência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, que também tem métodos **de resolução de** antinomias.

Feito esse apanhado doutrinário, a corte constata um estado paradoxal de coisas: **a ausência de** critério claro de como e em quais casos deve ser usada a ponderação terminou por produzir receios **de que o** dispositivo em questão, que teve por finalidade diminuir a discricionariedade, acabou **abrindo espaço para** insegurança jurídica, dando abertura **para que em** sua aplicação surgissem decisões eivadas de aspectos subjetivos e alheios ao direito positivo (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online).

? Feita essas considerações, a corte lança mão da interpretação sistemática, **à luz dos** objetivos que orientam **o Código de Processo Civil**: o aprimoramento de técnicas processuais **com a finalidade de** alcançar maior efetividade na prestação jurisdicional e à orientação **no sentido de** criar uma jurisprudência íntegra, estável e coerente (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017).

Neste sentido a corte fixa os seguintes entendimentos **sobre o tema**:

a) o § 2º do art. 489 do CPC/2015 estabelece balizas **para a aplicação da técnica da ponderação** visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade **da decisão judicial**, sem revogar outros critérios **de resolução de** antinomias, tais como os apresentados **na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**;

b) apenas se configura a nulidade por violação **do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de ausência** ou flagrante deficiência **da justificação do** objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, **quando não for** possível depreender **dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a** ponderação foi necessária para solucionar **o caso concreto e de que** forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador;

c) o exame da validade/nulidade **da decisão que** aplicar **a técnica da ponderação** deve considerar o disposto **nos arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015**, segundo os quais **a decisão judicial** constitui um todo unitário a ser interpretado **a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da** boa-fé, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite;

d) em recurso especial, **a pretensão de** revisão **do mérito da** ponderação efetuada pelo Tribunal de origem pressupõe **que se trate de** matéria

23

infraconstitucional, além da indicação, nas razões recursais, das normas conflitantes e das teses que embasam a sustentada violação/negativa de vigência da legislação federal;

e) tratando-se de decisão fundamentada eminentemente na ponderação entre normas ou princípios constitucionais, **não cabe ao STJ** apreciar a correção do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, **sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal**. (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

Ou seja, a tese fixada pela corte determina **como critério de nulidade** por violação **do § 2º do art. 489 do CPC/2015 quando não for** possível verificar, nos **fundamentos da decisão, o motivo pelo qual a ponderação** foi necessária **no caso concreto e** como se estruturou o juízo valorativo do aplicador. **A respeito da validade da decisão que** aplicar a técnica de ponderação, o Tribunal afirma **que devem ser** levados em consideração os dispostos no artigo 282 e 489, §3, **do Código de Processo Civil, segundo a qual** a decisão deve ser interpretada **a partir da conjugação de todos os** seus elementos, **em conformidade com o princípio da** boa-fé, ponto este que foi examinado acima na discussão sobre o artigo 489 **a partir da** doutrina de Nery (2018), não havendo nulidade quando não se verificar prejuízo à parte que o alega, ou quando o mérito puder ser decidido a favor **da parte que** possa se aproveitar da nulidade.

Quanto **ao caso concreto, a corte atesta que a sua** solução não é trivial **no âmbito da hermenêutica constitucional**, sendo antes considerada verdadeiramente **o que se convencionou** a chamar de hard case (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). O dispositivo da decisão consta como:

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial apenas quanto ao pedido de decretação da nulidade do acórdão recorrido e, nessa extensão, nego-lhe provimento. Na origem, os honorários sucumbenciais foram fixados, por equidade, em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) ficando majorados para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária **a partir da** publicação do presente acórdão, a serem pagos em favor da parte recorrida, **nos termos do art. 85, §§ 8º e 11, do CPC/2015**. É o voto. (Superior Tribunal de Justiça, 2017)

Deste modo, a corte decide no sentido de não acolher a pretensão da parte autora, não vislumbrando nulidade do acórdão, que é considerado pelo Tribunal como tendo motivação racional. Esse entendimento leva em consideração **o fato de** acórdão recorrido ter, segundo a corte, enfrentado todas as questões relevantes

necessárias à solução da controvérsia e também ter apresentado **de forma clara** o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada **por meio da exposição das razões** fáticas e também jurídicas que fundamentaram o seu convencimento pela

24

prevalência **da liberdade de expressão** (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Portanto, restou decidido **o caso concreto** pela adequação da decisão da instância inferior quanto **à aplicação da ponderação de** normas, afastando-se a tese da parte recorrente a respeito de sua alegada inadequação.

O Tribunal também fixa entendimento do **que deve ser considerado** adequado quando **da aplicação do** instituto **da ponderação de normas**, para eventuais casos futuros. O próprio **Superior Tribunal de Justiça**, classifica o caso como um hard case, demonstrando a complexidade que a ponderação pode apresentar **em cada caso concreto**, que, entretanto, teve **uma solução para essa** complexidade dada pela corte, **a partir do** estabelecimento de uma diretriz firmada por ela quando for necessária a avaliação da adequação do instituto **no contexto da** sua aplicação **nos casos concretos**.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

? **O presente artigo** teve **por objeto a compreensão da** mudança ocorrida no **Direito Processual Civil**, quando o paradigma neoprocessualista se tornou dominante. Para tal, se examinou a técnica de ponderação **de normas**, **que**, como foi explicitado, constitui uma técnica que acabou ganhando mais relevo **no processo civil** quando da passagem **para o paradigma** neoprocessualista, podendo **ser considerada uma** técnica representativa dele.

Para compreender **esse novo paradigma** processual, **a partir do** método de pesquisa documental se examinou suas origens na história e na filosofia, **a partir de uma** mudança mais geral no Direito, da dominância da perspectiva positivista para a perspectiva pós-positivista, ocasionada no século 20. Também foi relacionado o neoprocessualismo com **o novo paradigma do Direito Constitucional**, o neoconstitucionalismo.

Pontuada a importância que **a ponderação de** normas passa a ter neste contexto, se analisou o lugar desta técnica normativa **no Novo Código de Processo Civil**, **momento em que** também foi analisado o seu conceito **por parte da doutrina**. Essa discussão pôde ser melhor contextualizada quando foi examinado a sua aplicação **na prática a partir da** análise do Recurso Especial 1.765.579-SP, onde, **no âmbito do caso concreto**, a corte, na decisão, examinou **a natureza da ponderação de princípios no Novo Código de Processo Civil**, fixando teses **de sua aplicação**. **A ponderação de** normas constante **no artigo 489 do CPC** se revelou ter

25

aplicação complexa, podendo ocasionar o que o Tribunal chamou de hard case. Entretanto, **no caso concreto objeto de estudo**, a corte decidiu a questão, fixando também teses gerais sobre nulidade por violação do §2 do artigo 489 e sobre **a ponderação de** normas.

?

REFERÊNCIAS

26

ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da Ponderação à Brasileira. **São Paulo: Revista de Processo**, vol. 269/2017, p. 109-138, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; **MARINONI, Luiz Guilherme**; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil** - vol. II. 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ÁVILA, **Humberto**. **Teoria dos Princípios** - 18 ed. rev. e atual. - São Paulo: **Malheiros**, 2018.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, jan/mar. 2011.

BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico. Trad. Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. DOU, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. DOU, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, número vol.17, dez, 2008.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3 - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 14, n. 56, p. 74 - 107, out-dez, 2011.

MEIRA, Danilo Christiano Antunes e RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Colisão e ponderação de normas na elaboração do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 246. São Paulo: Ed. RT, 2015.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. -São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 26, 2006.

27

_____. O **Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, vol. 2, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.765.579 - SP (2017/0295361-7), Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>>;. Acesso em: 21 mai. 2025

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível nº 1024271-28.2015.8.26.0100, Relator Viviani Nicolau, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Processos>>;. Acesso em: 21 mai. 2025.

VAUGHN, Gustavo Favero; VEIGA, Natália Salva. Reflexões sobre **a técnica da ponderação no Novo Código de Processo Civil**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol.971, set, 2016



=====

Arquivo 1: [TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf](#) (8146 termos)

Arquivo 2: www.conjur.com.br/2019-jul-09/paradoxo-conte-criterios-ponderacao-judicial-jurisprudencia-stf
(2229 termos)

Termos comuns: 660

Índice de similaridade antigo: 6,79%

Novo índice de similaridade: 8,10%

Índice de agrupamento: Alto

O texto abaixo é o conteúdo do documento **Arquivo 1**. Os termos em vermelho foram encontrados no documento **Arquivo 2**. Id da comparação: 3c5a7225c71aa0ex268

=====

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP



DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Artigo apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade Católica do
Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador
2025

2

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO

RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco1
Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho2

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo compreender o neoprocessualismo sob o prisma da **aplicação da técnica** de ponderação de normas. Em um primeiro momento se situa a compreensão do paradigma neoprocessualista em seu contexto histórico e teórico mais amplo, relacionando o seu surgimento com acontecimentos da história recente e com uma mudança mais ampla de paradigma filosófico dentro do Direito, representada pela passagem do paradigma positivista para o pós-positivista. Em seguida, se analisa a relação do neoprocessualismo com o neoconstitucionalismo, novo paradigma do Direito Constitucional. Na sequência, se estuda a ponderação de normas propriamente dita, situando a técnica dentro **do Novo Código de Processo Civil**, bem como sua formulação conceitual na doutrina. Por fim, se examina o Recurso Especial 1.765.579-SP como estudo de caso, visando contextualizar a discussão em um caso concreto. O presente estudo foi construído tomando como método a pesquisa documental, mobilizando, além do julgado em questão, livros e artigos de autores que tem o mesmo tema como objeto.

Palavras-chave: Neoprocessualismo. Ponderação de Normas. Novo CPC.
Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. 3. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO. 4. NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS. 5. NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: O CASO **DO RECURSO ESPECIAL** 1.765.579-SP. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, não apenas como apenas sistema de normas mas sobretudo enquanto fenômeno teórico, passou por profundas transformações. Catastróficos acontecimentos do século 20, em especial a Segunda Guerra Mundial, motivaram o pensamento jurídico a reformular o seu paradigma filosófico, ou seja, seus aspectos teóricos mais amplos e fundamentais. **Uma vez que** que muitos daqueles

2 Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodium, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador ? UCSAL, Professor **de Direito da** Universidade Católica do Salvador. E- mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.

1 Graduando do **Curso de Direito da** Universidade Católica do Salvador. E-mail: danilo.pacheco@ucsal.edu.br

acontecimentos ocorreram sob a perfeita adequação ao Direito vigente à época, fez-se necessário pensar e construir um novo paradigma para o pensamento jurídico, com vistas a impedir que catástrofes como aquelas voltassem a ocorrer. Sendo o paradigma dominante naquele momento de crise o positivismo jurídico, surgiu como sua contraposição o pós-positivismo jurídico. A principal mudança que este novo paradigma apresentou foi a relativização da distinção entre Direito e Moral, admitindo-se, nesta perspectiva, critérios materiais de validade das normas. Essa mudança de orientação teórica influenciou tanto o Direito Constitucional como o **Direito Processual Civil**. No Direito Constitucional, como correspondente do pós-positivismo neste ramo, surge o neoconstitucionalismo, tendo por característica central o caráter normativo da constituição bem como a vinculação **dos direitos fundamentais** a todos os ramos do direito. Isso em forte contraste com a concepção positivista de constituição, que atribuía a esta um caráter meramente formal. Já **no âmbito do Direito Processual Civil**, o pensamento consequente ao pós-positivismo é o neoprocessualismo que tem por principal característica o maior relevo dos princípios e dos valores dentro do processo. Central no neoprocessualismo é a busca por acesso à justiça, bem como a mitigação dos excessos formalistas do paradigma anterior.

Uma mudança que se sobressai no **Direito Processual Civil** quando da passagem para o paradigma neoprocessualista é o maior relevo da técnica de ponderação de normas sobre a técnica de subsunção. A subsunção é a tradicional aplicação da norma certa aos fatos, já a ponderação, no Direito Brasileiro, aparece no **Código de Processo Civil** no artigo art. 489, § 2, no contexto da sentença, onde, havendo **hipótese de colisão de normas**, o juiz deverá **justificar o objeto e critérios gerais da ponderação efetuada**, explicitando as razões de afastamento de uma das normas **e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão**.

Para cumprir tal objetivo, será usado como estudo de caso a análise do REsp 1.765.579 - SP, onde a ponderação de normas é aplicada e também discutida em decisão pelo **Superior Tribunal de Justiça**. A pergunta central do artigo é: como é exercida a ponderação de normas na prática, técnica representativa do novo paradigma neoprocessualista?

4

Neste sentido, o objetivo deste trabalho é compreender essas mudanças teóricas que o Direito passa, em especial no **Direito Processual Civil**. Para tal, se investigará especialmente a técnica de ponderação de normas, **uma vez que** a mudança para uma maior relevância da técnica de ponderação sobre a subsunção

constitui-se como uma das mais significativas que ocorreram quando da passagem ao novo paradigma, o neoprocessualismo. O presente trabalho busca, portanto, através do método de pesquisa documental e revisão bibliográfica, compreender como essas mudanças teóricas se manifestam **no âmbito do Direito Processual Civil**.

2 NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

? **A necessidade de** se pensar um novo paradigma para o pensamento jurídico remonta ao século 20. Uma vez tendo-se derrotado os regimes totalitários no continente europeu, se constatou indispensável a tarefa da criação de uma nova estrutura teórica para o Direito que estabelecesse, por um lado, direitos e garantias individuais que protegessem o cidadão de eventuais abusos pelo Estado ou quaisquer outras formas de poder e, por outro, mecanismos de controle da Constituição, ocasionando a criação da assim chamada jurisdição constitucional (CAMBI, 2008). É importante, entretanto, que inicialmente se compreenda as características do paradigma anterior ao que seria contraposto posteriormente em resposta a essa crise: O positivismo jurídico. Segundo Bobbio (2015), o positivismo pode ser compreendido tanto como modo de aproximar-se do Direito, tanto como uma teoria ou concepção do mesmo ou ainda como uma ideologia de justiça (BOBBIO, 2015).

Como modo de se aproximar do Direito, o positivismo jurídico seria marcado pela clara distinção entre Direito real e Direito ideal. Seria justamente pela ênfase no Direito real em contraposição ao ideal que ele se caracterizaria. Essa ênfase conferiria ao positivismo jurídico um caráter que poderia ser chamado de científico (BOBBIO, 2015).

Já como teoria do Direito, o positivismo jurídico se caracteriza por acentuar fortemente a ligação do Direito com o Estado, ou seja, o positivismo seria uma teoria estatista do Direito. Ainda de acordo com Bobbio (2015), isso confere à teoria positivista algumas consequências: a) Com relação à definição do Direito, a teoria

5

da coatividade, que o define como sistema de normas que se fazem valer pelo uso da força. b) Com relação a teoria da norma, a teoria imperativista, de acordo com a qual a norma jurídica é um comando; c) Com relação às fontes do Direito, a supremacia da lei sobre as demais fontes; d) Com relação ao ordenamento jurídico, a ele é atribuído o caráter de completude e, por consequência, de ausência de antinomias; e e) **Em relação ao** método da ciência jurídica, a consideração da atividade do jurista como essencialmente lógica (BOBBIO, 2015).

Por fim, ainda segundo Bobbio (2015), como ideologia, o positivismo jurídico

representa a crença em certos valores. Esses valores atribuem ao Direito existente um valor positivo independente de qualquer Direito ideal. Isso ocorre de duas maneiras: a) O Direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, ou seja, como emanção de uma vontade dominante, é justo no sentido **de que o** critério para avaliar a sua justiça seria exatamente o mesmo que seria usado para julgar sua validade ou invalidade; e b) o Direito positivo serve, por sua própria existência e independente de qualquer valor moral, à consecução de certos fins desejáveis, como a ordem, a paz e de modo geral à justiça legal. Desses dois valores, segue-se que, para a ideologia positivista, a norma jurídica deve ser obedecida de per si (BOBBIO, 2015).

? Por mais estruturado que fosse o pensamento positivista, ele enfrentou sérias críticas, sobretudo no decorrer do século 20. Decisões extremamente apartadas de qualquer noção de justiça como as que atravessaram todo o regime fascista e nazista não poderiam mais ser aceitas pela sociedade (BICALHO et al, 2011). Nesse contexto histórico dramático, se abriu um ambiente propício para renovação dentro do pensamento jurídico, e é neste contexto que surge o pós-positivismo ou o não positivismo (BICALHO et al, 2011). Segundo Bicalho e Fernandes (2011) a crise do pensamento positivista pode ser explicitada em duas razões centrais: a) a pluralidade das sociedades pós-modernas, que acabaram evidenciando a limitação da noção de completude do sistema positivo codificado; e b) pela dificuldade apresentada pela concepção positivista quando da necessidade de mitigar **a aplicação de** normas positivas, quando for o caso de ser flagrante que as soluções por elas apresentadas no momento da aplicação forem absurdas ou desproporcionais (como **no caso do** sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista) (BICALHO et al, 2011).

6

? O pós-positivismo conta como adeptos autores como Alexy, Dworkin, Bonavides e Barroso, dentre outros (BICALHO et al, 2011). Apesar desses autores possuírem entre si discordâncias dentro de suas perspectivas teóricas, um fio comum entre eles pode ser apontado como: a relativização da separação entre Direito e Moral, bem como a admissão de critérios materiais para a validade das normas. **Uma vez que** uma crítica central ao positivismo jurídico é a falta de critérios valorativos **para a aplicação** das normas, o pós-positivismo trabalha no sentido de conferir bases axiológicas, ou seja valorativas, para a sua aplicação, principalmente a partir do Direito Constitucional (BICALHO et al, 2011).

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO

? Diante deste contexto de mudança teórica, o Direito considerado enquanto sistema de normas foi expressivamente afetado em seus ramos, sobretudo em dois dos mais fundamentais deles : o Direito Constitucional e o **Direito Processual Civil**. A mudança que se estabeleceu como decorrência dos fenômenos analisados no tópico acima **no âmbito do** Direito Constitucional é o que se denomina neoconstitucionalismo, que representa um novo paradigma dentro do Direito Constitucional. As alterações mais importantes que este novo paradigma apresenta, segundo Cambi (2008), podem ser sistematizadas em três aspectos distintos. O primeiro desses aspectos é o histórico e já foi delineado em suas linhas centrais no tópico anterior. Cumpre apenas destacar como marco legislativo a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, isto é a Grundgesetz, a Constituição alemã. Outras constituições também se compõem como marco da mudança para o paradigma neoconstitucionalista, quais sejam, as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978). No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 sofre forte influência desses marcos legislativos, sobretudo por se caracterizar historicamente como passagem de um regime autoritário para um democrático, lançando as bases para um Estado Democrático de Direito no Brasil. Segundo Cambi (2008), apesar de a Constituição brasileira ter sofrido diversas reformas constitucionais ao longo do tempo, ela logrou criar uma cultura jurídica de valorização de um sentimento constitucional. Após sua promulgação, diversos episódios de instabilidade política, próprios da história recente do Brasil,

7

encontraram nela soluções, criticáveis ou não, de manutenção da estabilidade democrática. O segundo aspecto da alteração é o filosófico e também foi delineado em linhas gerais no tópico anterior, qual seja, a passagem para a tendência pós-positivista. Cumpre apenas destacar o papel dos princípios, que para essa nova matriz teórica, deixam de ter aplicação meramente secundária, isto é, de ter a função de apenas colmatar lacunas e passam agora a ter relevância jurídica na confirmação judicial de direitos (CAMBI, 2008).

Além dos aspectos históricos e filosóficos, o neoconstitucionalismo representa também expressivamente mudanças de natureza teórica. De acordo com Cambi (2008), seguindo a linha do pensamento do professor e ministro Luís Roberto Barroso, as mudanças teórica trazidas pelo novo paradigma podem ser divididas em três vertentes: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Segundo o autor, ao afirmar que as normas constitucionais têm força normativa, com isso estamos reconhecendo que a Constituição não é apenas uma carta política mas tem conteúdo jurídico imperativo.

Isto é, a partir do momento em que se reconhece a Constituição como lei, seus princípios e regras devem ter normatividade, regulando condutas e produzindo expectativas de comportamentos. Essa é uma concepção nova de Constituição, **uma vez que** se contrapõe a visão clássica, onde a carta constitucional era encarada apenas como declaração política, programa de futuro ou também mera exortação moral (CAMBI, 2008).

Neste contexto, a positividade da norma constitucional é sobretudo a vinculação positiva do legislador a ela, bem como **de todos os** órgãos concretizadores do Estado, seja o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário, que devem encarar a Constituição como diretivas materiais permanentes. Por fim, ela passa a funcionar como limites materiais negativos para o poder público em geral, passando a ser considerados inconstitucionais os atos que sejam contrários a ela (CAMBI, 2008).

Uma consequência dessa expansão da normatividade constitucional é a expansão da jurisdição constitucional. Ela se reflete na realidade **do Direito brasileiro** em especial pelo controle de constitucionalidade, havendo agora uma ampliação considerável deste mecanismo. A Constituição de 1988 acabou ampliando o controle

8

abstrato de constitucionalidade, alargando os legitimados ativos para propor as ações que o compõem e, também, criando outros instrumentos de jurisdição **constitucional como por exemplo** a Ação Direta de Constitucionalidade (CAMBI, 2008).

Por fim, a última vertente elencada por Cambi (2008) que expressa a mudança representada pelo neoconstitucionalismo em seu aspecto teórico, é o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Aqui se trata sobretudo da constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais (CAMBI, 2008).

Para o autor, houve uma mudança do centro gravitacional hermenêutico, ou seja interpretativo, dos códigos para a constituição. Essa nova orientação interpretativa não rompeu completamente com os clássicos métodos de interpretação jurídica, os tradicionais métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico: antes a nova dogmática de interpretação constitucional trazida pelo neoconstitucionalismo informa o intérprete que lançar mão dos métodos tradicionais, da teoria dos princípios, em prevalência sobre a teoria das regras. Segundo Cambi (2008), de acordo com a teoria das regras, prevalece a dicotomia validez-invalidéz, ou seja, diante de uma antinomia, o intérprete lançaria mão de critérios tradicionais como *lex superior derogat inferior*, *lex specialis derogat generalis* e *lex posterior derogat priori*. Mas, de maneira mais significativa para o autor, a característica

fundamental que a teoria das regras conferire à hermenêutica jurídica é a de tudo ou nada. Agora, com a primazia da teoria dos princípios, torna-se possível um ajuste às pretensões sociais legítimas, permitindo-se, por exemplo, solucionar-se colisões entre direitos fundamentais (CAMBI, 2008).

Particularmente, dessa mudança na interpretação jurídica, na qual existe, agora, um forte relevo e evidência da Constituição para o intérprete do Direito na aplicação, uma consequência direta se apresenta a outro ramo do Direito além do Direito Constitucional: o **Direito Processual Civil**. Entretanto, **para que se possa** compreender as mudanças apresentadas neste ramo como consequência dos fenômenos discutidos até então, é necessário analisar suas etapas de desenvolvimento.

As etapas de evolução do Direito Processo Civil são sobretudo metodológicas, podendo ser divididas em quatro fases (LOURENÇO, 2011). As

9

fases são: a) praxismo ou fase sincretista; b) processualismo ou fase do autonomismo; c) instrumentalismo; e por fim d) neoprocessualismo ou formalismo valorativo ou formalismo ético (LOURENÇO, 2011).

Em um primeiro momento, na fase do praxismo, o que se dava era a completa confusão entre o direito material e o direito processual. Nesta fase o Direito Processual não era autônomo, tendo pouca fundamentação teórica e científica construída pelos juristas. Entretanto, estudos de juristas alemães no século 19 sobre a natureza da ação e do processo contribuíram para a superação dessa etapa metodológica (LOURENÇO, 2011).

Superada essa etapa, surge a fase do processualismo, com a perspectiva de autonomia do processo. Agora ele começa a ser estudado mais profundamente e suas bases são lançadas cientificamente, em separado do direito material. Segundo Lourenço (2011), é nesta etapa, pela preocupação dos juristas em conferir autonomia ao processo **em relação ao** direito material, que surge o formalismo exagerado, ou seja, estudar o processo em si, sem a preocupação de que esse estudo possa fazer alguma referência imediata à realidade.

Interessante reflexão sobre o formalismo foi delineada por Oliveira (2006).

Refletindo sobre o formalismo processual, o autor o caracteriza, em sentido amplo, como a totalidade formal do processo, considerando especialmente a delimitação dos poderes. Forma, para esse autor, significa começo e fim, circunscrição de material a ser formado, estabelecimento de limites de ação e cooperação dos agentes dentro do processo (OLIVEIRA, 2006). O formalismo, para ele, visa controlar, sobretudo, eventuais excessos que as partes possam cometer, conferindo ordem ao procedimento. Segundo o autor, o formalismo se constitui enquanto

elemento não só de efetividade como de segurança do processo. Entretanto, com o passar do tempo, o pensamento formalista sofreu desgaste e passou a ser um formalismo excessivo.

O problema, segundo ele, é que esse poder organizador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do litígio acabe resultando em uma aniquilação do próprio direito ou em um retardamento irrazoável do processo (OLIVEIRA, 2006). Neste caso o formalismo acaba obstando que o instrumento atinja sua finalidade, a que sugere o autor que o jurista lance mão de uma atitude mais aberta, entretanto sem desprezar o formalismo, considerando **que no caso do** sistema brasileiro, este

10

possui meios suficientes **para a solução**, que, segundo ele, tem a forma de uma antinomia entre justiça e formalismo.

No terceiro momento de evolução metodológica, a fase do instrumentalismo, o processo passa a ser considerado como instrumento do direito material. Essa postura metodológica do Direito Processual, aparece agora como forma de corrigir os excessos formalistas da etapa metodológica anterior, que foi encarada como excessivamente técnica. Agora o processo não é visto como um fim em si mesmo, tendo surgido nesta etapa as ideias **de promoção de** maior acesso à justiça. Essa fase é, portanto, mais crítica (LOURENÇO, 2011).

Por fim, em sua última etapa de desenvolvimento metodológico, surge o neoprocessualismo ou formalismo valorativo, ou ainda formalismo ético. Nesta fase é onde o instrumentalismo interage com as mudanças de paradigma que ocorreram no Direito Constitucional. Oliveira (2014), ao refletir sobre essa última mudança no pensamento processual, chega mesmo a afirmar que se o processo não pode mais ser compreendido como mera técnica e sim como instrumento de realização de valores, em especial, valores constitucionais, podemos considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Lourenço (2011), sintetizando os pontos centrais da passagem ao paradigma neoprocessualista no **Direito Processual Civil**, os elenca como uma série de substituições: a) princípios no lugar de regras, ou pelo menos mais princípios do que regras); b) ponderação no lugar de subsunção, ou pelo menos, mais ponderação do que subsunção); c) justiça particular em vez de justiça geral, ou ainda, mais análise individual e concreta que geral e abstrata; d) Poder Judiciário em vez de Poder Executivo ou Legislativo, ou mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo ou Executivo; e) Constituição no lugar da lei, ou, maior e mais direta aplicação da Constituição no lugar da lei.

Para os fins do presente artigo, a compreensão da mudança que a passagem ao paradigma neoprocessualista ocasiona, se analisará de modo mais detido o

ponto central elencado acima no item ?b? pelo autor, a prevalência da ponderação sobre a subsunção. Para tal se estabelecerá tanto o lugar da técnica de ponderação de normas no **Código de Processo Civil**, quanto a sua definição na doutrina.

11

4 NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS

O **Código de Processo Civil** de 2015 é um marco da passagem ao neoprocessualismo nos termos acima delineados (VAUGHN et al, 2016). Já em seu primeiro artigo, ele consagra a interpretação constitucionalizada **de todos os** dispositivos nele contidos, reconhecendo em seu âmbito a força normativa da constituição (VAUGHN et al, 2016). Como ficou claro na discussão dos tópicos anteriores, é precisamente a presença mais forte do Direito Constitucional no **Direito Processual Civil** a característica central do paradigma neoprocessualista.

Neste mesmo sentido, uma mudança significativa com o advento **do Novo Código de Processo Civil** de 2015 foi **no âmbito do dever de fundamentação das decisões judiciais**, consagrado no art. 489 do referido diploma (VAUGHN et al, 2016). O artigo 489 estabelece que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

- I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
- II - os fundamentos, **em que o juiz** analisará as questões de fato e de direito;
- III - o dispositivo, **em que o juiz** resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar **que o caso** sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente

invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º **No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.**

§ 3º **A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.**(BRASIL, 2015)

Esse dispositivo específico tem por inspiração direta o artigo 93, IX, da Constituição Federal, e determina certos critérios de qualidade a serem preenchidos para que a decisão possa ser considerada fundamentada. A razão de ser da

12

importância conferida à fundamentação é a defesa do jurisdicionado em relação aos eventuais julgamentos arbitrários que ele possa ser submetido (VAUGHN et al, 2016).

Entretanto, sendo objeto de estudo do presente artigo mais especificadamente a ponderação de normas, o dispositivo central a ser analisado é o parágrafo segundo do artigo 489. O parágrafo em questão possui a seguinte redação:

§ 2º **No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.** (BRASIL, 2015)

Para que se possa compreender o artigo em questão, é necessário examinar o conceito de ponderação de normas na doutrina, tarefa que encontra na obra de Ávila (2018) uma contribuição notável.

Segundo o autor, normas jurídicas podem ser compreendidas como o resultado final da interpretação. A interpretação propriamente dita tem como objeto imediato os dispositivos jurídicos (ÁVILA, 2018). É possível, por exemplo, haver normas sem que haja um dispositivo específico e determinado a ela diretamente vinculados. Por exemplo, **no caso do princípio** da segurança jurídica. O autor, após reconstruir de maneira crítica a história da conceituação das espécies normativas por parte da doutrina, desenvolve a sua própria definição a respeito delas. Segundo ele:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente

retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2018, p. 102)

Ou seja, para ele, regras são normas descritivas, retrospectivas que tem como função ser parâmetro para decisão e serem abrangentes, tendo, na aplicação, **a necessidade de** se avaliar a correspondência entre os fatos e ela. Já os princípios são normas voltadas para um fim, tendo como função primordial ser uma orientação prática.

13

Existe, entretanto, além dos princípios e das regras, uma outra espécie de norma de fundamental importância: os postulados normativos. Essa espécie de norma é imediatamente metódica. Elas instituem critérios de aplicação para outras normas, que, essas sim, se situam no plano do objeto da aplicação (ÁVILA, 2018). Um desses postulados normativos é precisamente a ponderação. Segundo Ávila, a ponderação de bens consistiria em um:

Método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho é importante registrar **que a ponderação**, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil **para a aplicação** do Direito. É preciso estruturar a ponderação **com a inserção de** critérios (ÁVILA, 2018, p. 185).

Salienta também o autor que é importante separar e apreciar a sutileza dos elementos envolvidos na ponderação, quando da sua aplicação, **quais sejam: a)** os bens jurídicos; **b)** os interesses; **c)** os valores; por fim, **d)** os princípios. Os bens jurídicos seriam situações, estados ou propriedade essenciais particulares da promoção dos princípios jurídicos. Os interesses são os próprios bens jurídicos enquanto vinculados a algum sujeito que os procura obter. Já os valores são o aspecto axiológico, ou seja, valorativo, das normas, indicando o que é bom, isto é, o

que é digno de ser buscado ou preservado. Por fim os princípios propriamente ditos, são, para o autor, o aspecto deontológico dos valores, **que além de** demonstrar que algo deve ser buscado, determinam que este algo deve também ser promovido (ÁVILA, 2018).

Em relação às etapas da ponderação, isto é, as etapas da aplicação dessa espécie de norma, o mesmo autor a divide em três: a) preparação da ponderação (Abwägungsvorbereitung, em alemão, idioma no qual o conceito se originou); b) realização da ponderação (Abwägung); e, por fim, c) reconstrução da ponderação (Rekonstruktion der Abwägung). A primeira etapa, a da preparação da ponderação, é onde se analisam todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível. Na segunda etapa, a da realização da ponderação, o intérprete que aplica a ponderação vai fundamentar a relação estabelecida entre os objetos de sopesamento.

No caso da ponderação, nessa etapa deve ser indicado a relação da primazia de um objeto ponderado sobre o outro. Por fim, na reconstrução da

14

ponderação, se formam regras de relação, inclusive de primazia de um objeto sobre o outro, com pretensão de validade para além do caso (ÁVILA, 2018). Por fim, o autor destaca que os **critérios de ponderação** podem ser vários, devendo, entretanto, ter o intérprete que vai aplicar essa espécie normativa, a maior atenção aos princípios constitucionais e, também, as regras de argumentação que podem ser construídas a partir deles.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a ponderação de normas aparece no **Código de Processo Civil** no § 2.º do art. 489 do CPC. Segundo Arenhart, Marinoni e Mitidiero, o Código de 2015 apresenta ao todo três postulados normativos ou seja, como visto acima, tipos de normas que têm como objeto **a aplicação de** outras normas: proporcionalidade, razoabilidade e ponderação (Arenhart et al, 2015). A proporcionalidade é o postulado normativo que visa estruturar **a aplicação de** duas normas que mantêm entre si relação de meio e fim. Já a razoabilidade, é o segundo postulado constante no **Código de Processo Civil**, e tem três acepções básicas, razoabilidade como equidade, congruência e como equivalência; por fim, a ponderação de normas seria, no Código, o postulado normativo que visa atribuir peso a elementos que se entrelaçam. Cada um desses postulados existe para solucionar determinados problemas específicos, tendo cada um deles sua própria estrutura de aplicação, bem como sua particular exigência aplicativa quando for necessária a sua aplicação **em cada caso** concreto (Arenhart, 2015).

Ocorre que dentre as diversas maneiras que as normas podem se relacionar entre si, **no caso do** §2 do art. 489 do CPC, a hipótese apresentada é a de que

diferentes finalidades normativas apontam para soluções diversas ou mesmo opostas, quando for necessário aplicar todas elas: é o que o Código chama de **?colisão de normas?**. Segundo os mesmos autores, quando o Código fala de ponderação, pode ser o caso de emprego do método de proporcionalidade, por exemplo. Caso seja hipótese de lançar mão do postulado da ponderação particularmente no caso, **o juiz deve ?justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão?**. Entretanto, caso seja hipótese de emprego da proporcionalidade, deve o magistrado explicitar a relação entre meio e fim bem como justificar argumentativamente a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da decisão. Ainda de acordo com a lição dos

15

autores, o emprego genérico de postulados normativos, sem qualquer ligação com suas funções previamente estabelecidas pelo código e aquilo que é autorizado judicialmente para cada caso concreto, constitui violação ao dever fundamental de fundamentação analítica (ARENHART et al, 2020).

5 NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: O CASO **DO RECURSO ESPECIAL** 1.765.579-SP

Examinando a posição da ponderação de normas no **Código de Processo Civil**, bem como sua conceituação na doutrina, passa-se agora ao exame de um **caso em que** essa técnica foi aplicada em um caso concreto, a saber, no **recurso especial** 1.765.579-SP. O estudo de caso do recurso em questão possibilitará a compreensão de como a ponderação de normas, técnica normativa que, como ficou claro nos tópicos anteriores, acabou ganhando destaque na passagem ao paradigma neoprocessualista, acontece na prática.

? O recurso especial 1.765.579-SP foi interposto **pela Sociedade Beneficente Muçulmana** impugnando acórdão **do Tribunal de Justiça** do Estado de São Paulo. Em suas razões, a parte alegava a violação dos seguintes dispositivos (acrescidos das suas respectivas teses):

- a) art. 1.022 **do Código de Processo Civil** de 2015 - apontando a omissão do acórdão recorrido quanto aos motivos para priorizar o **direito à liberdade de expressão** em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa; e
- b) art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015 - alegando que o **Tribunal de origem** não justificou **os critérios gerais da ponderação** de princípios conforme determina a nova legislação processual, isto é, **enunciando as razões que**

autorizavam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentaram a conclusão. (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

? A ação de origem é de natureza indenizatória e foi ajuizada pela Sociedade Beneficente Muçulmana contra a Google Brasil Internet Ltda. O objetivo era a remoção de vídeo disponível na plataforma YouTube da música ?Passinho do Romano?, sob a alegação de que tal conteúdo ofendesse a religião islâmica em virtude do uso indevido de passagens do Alcorão. De acordo com a parte autora, o videoclipe veiculado pela empresa ré, bem como a respectiva canção do gênero funk que o acompanha, utilizaram trechos remixados do Alcorão, livro considerado

16

sagrado para religião muçulmana, que, segundo a parte autora, somente poderiam ser recitados dentro de um contexto próprio da liturgia da religião em questão.

? O juízo de primeiro grau declarou improcedente a demanda, ressaltando que sendo a ré mera provedora de hospedagem do conteúdo, não possuiria dever de monitoramento e fiscalização permanente do sistema, de modo que ela não poderia ser responsabilizada pelos vídeos inseridos na plataforma YouTube por terceiros usuários. Mediante a ponderação dos princípios da liberdade de expressão e da liberdade religiosa, a sentença concluiu pela ausência de ilicitude pela razão de que a obra em si mesma considerada não possuiria elemento discriminatório (o assim chamado hate speech) sendo, antes, manifestação da cultura popular, tutelada constitucionalmente pelo direito à liberdade de expressão (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online).

? Tal entendimento foi corroborado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao negar a apelação da parte autora. No acórdão, a Corte estadual analisando os fatos e as provas, bem como o teor das mídias impugnadas, asseverou que "a canção sequer menciona ou faz alusão, positiva ou negativa, ao islamismo e seus seguidores", e a respeito da alegação da parte autora de que a mera incorporação à canção de trechos do Alcorão por si só configuraria ilicitude, salientou que: a inserção de trecho do Alcorão na música e nos vídeos pode ser conduta rechaçada pela religião islâmica e um desrespeito aos preceitos subjetivos dos muçulmanos, mas não é um desrespeito à liberdade de crença religiosa ou ao sentimento religioso, nem ato que rompe os limites do exercício da liberdade artística.

Aliás, como os direitos fundamentais se estendem a todos, a insatisfação da comunidade religiosa pode se manifestar no próprio campo do exercício da liberdade de expressão, sobretudo por meio da crítica, o que é inerente ao jogo democrático de uma sociedade plural.

A insatisfação não constituirá razão suficiente, porém, para provocar a tutela jurisdicional do Estado e materializar um mecanismo de censura (**Tribunal de Justiça** do Estado de São Paulo, 2016, online)

? Ademais, segundo o entendimento da corte paulista, não se poderia proibir a reprodução de conteúdo de um livro religioso com fundamentos em dogmas erigidos pela própria obra, pois isso seria o mesmo que permitir **que uma regra** religiosa que vincula àqueles que a ela pertencem pudesse ser dotada de eficácia abstrata a todos indiscriminadamente (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online).

Inconformada, a parte autora opôs embargos declaratórios alegando existência de omissão e obscuridade no acórdão. Segundo ela, o Tribunal se negou a analisar o real teor de suas alegações, **quais sejam**: a tese de que a violação à liberdade

17

religiosa decorreria da simples utilização dos trechos sagrados em vão, fora do contexto da liturgia (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online). Sendo os aclaratórios rejeitados pela corte, houve ensejo a um recurso extraordinário e ao recurso especial, objeto do presente tópico.

? No **Recurso Especial** a recorrente alega mais uma vez a nulidade do acórdão, com base na violação do arts. 1.022 do CPC/2015 e do 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. Em síntese, suas teses são:

(i) a suposta omissão quanto aos motivos para priorizar o **direito à liberdade de expressão** em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa, e

(ii) a não explicitação **dos critérios gerais da ponderação** de princípios efetuada, conforme disposto no § 2º do art. 489 do CPC/2015. (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online)

? A corte então apresentou sua argumentação em dois pontos: no primeiro, sobre a ausência de violação do art. 1.022 do CPC/2015; no segundo, sobre **a motivação das decisões judiciais** e da técnica de ponderação no CPC/2015 (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016). A respeito do primeiro, a corte reforça o entendimento da instância inferior, sustentando que o Tribunal indicou adequadamente os motivos que formaram o seu convencimento, não se vislumbrando nem omissão, nem contradição, obscuridade ou erro material para efeito do que dispõe o art. 1.022 do CPC/2015.

No segundo ponto, a argumentação vai se centrar **na hipótese de ponderação** de normas, ancorada no art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. A recorrente afirma no recurso que o Tribunal não explicitou os critérios nem as razões adotadas para conferir primazia **à liberdade de expressão** artística sobre a inviolabilidade de liturgia

religiosa, princípios fundamentais assegurados nos incisos IX e VI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, respectivamente (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online).

Antes de adentrar na análise dos debates constantes na decisão da corte, cumpre tecer uma análise mais detida acerca do Artigo 489. Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a motivação da sentença tem por finalidade imediata demonstrar ao próprio magistrado a lógica jurídica que legitima a decisão, mostrando à parte sucumbente que ela não é fruto da sorte e do acaso, antes decorrendo da lei (NERY, 2018).

A falta ou deficiência na fundamentação gera nulidade, conforme o artigo 93, IX, da Constituição Federal. **Em relação ao** §2 do artigo, os autores defendem que

18

se restrinja o uso da ponderação às normas constitucionais, como os princípios e direitos fundamentais, argumento levantado por eles que também será usado pelo Tribunal no contexto da discussão **do Recurso Especial** e será mais detalhadamente examinado abaixo. Quanto à interpretação **da decisão judicial**, os autores pontuam que ela deve ser interpretada levando em consideração **todos os seus** componentes em conjunto, devendo ser considerados como um todo orgânico. Ainda pontuam **o dever de** atitude de boa fé na interpretação da sentença, não devendo-se pautar ela pela distorção do que foi dito pelo juiz (NERY, 2018).

Prosseguindo agora para a análise do debate levantado na decisão pelo Tribunal, a corte, analisando detidamente o significado da demanda, afirma que: De certa forma, pode-se considerar que o objetivo derradeiro da norma é dar concretude ao que determina o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, garantindo meios para que a interpretação corresponda à entrega de uma prestação jurisdicional efetiva (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online)

? A que a sentença avalia que a norma em questão, a saber, § 2º do art. 489 **do Código de Processo Civil** de 2015, suscitou controvérsias no meio doutrinário, em especial pela imprecisão da expressão **"colisão entre normas"**, bem como a incorporação no sistema brasileiro da complexa teoria da ponderação desenvolvida por Robert Alexy (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online).

Aferindo a doutrina, o Tribunal referencia uma série de autores que examinaram o referido artigo. Os autores em questão são: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery; Georges Abboud e Júlio César Rossi; Fredie Didier; e Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues. Segundo a lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a

ponderação ali prevista deveria se limitar somente a direitos fundamentais e a princípios constitucionais. De acordo com eles:

"(...) A nosso ver, existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia **pode ser resolvida** por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada **para a solução** dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica ? as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de **que se refere** às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais." (NERY, 2018, p. 1164)

Pelo trecho usado na decisão, pode-se concluir que os autores em questão são mais conservadores em relação à técnica de ponderação. Eles avaliam que a

19

existência dessa técnica surgiu com a finalidade de superar dificuldades na aplicação de normas que são do Direito Constitucional, como os direitos fundamentais e princípios constitucionais. Para eles, a utilidade da ponderação se restringe a situações em que, na aplicação dessas normas, forem insuficientes as regras da hermenêutica jurídica tradicional. Os autores defendem a posição de que não é adequada a interpretação de que qualquer antinomia **pode ser resolvida** por ponderação de normas.

? O Tribunal em seguida, mobiliza outros autores na análise, Georges Abboud e Júlio César Rossi, para os quais o dispositivo em questão seria inconstitucional: Há incompatibilidade substancial entre o que preceitua **o artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil** e o que determina nossa tradição em fundamentar toda **a decisão judicial** e administrativa, colocando em colapso a recém (e ainda mal compreendida) estrutura do próprio Código, notadamente ao negar vigência aos artigos 10, 11, 489, § 1º, 926 e 927.

A ponderação de regras - genuíno caso brasileiro - limita-se a uma decisão subjetiva do aplicador na medida em que escolheria de forma ad hoc, diante de um caso (ou de uma tese, como querem os vanguardistas), o qual das regras seria afastada em face desse sopesamento. Mais precisamente, ao ponderar regras, torna-se possível ao julgador afastar determinada prescrição legislativa sem realizar o controle de constitucionalidade da lei. Esse afastamento, sem a intermediação do controle difuso de constitucionalidade, é impensável em uma democracia. Daí a inconstitucionalidade do § 2º, ele é um paradoxo porque **se trata de**

dispositivo legal que pode dar vazão a uma aplicação do direito nos padrões da escola de direito livre, criticada desde P Heck (ABBOUD et al. 2017, p. 135)

Os autores aqui discutidos pela corte acreditam **que a ponderação** de normas contidas no § 2º do art. 489 **do Código de Processo Civil** de 2015 seria inconstitucional. Segundo eles, ao afastar uma norma em favor de outra, se estaria abrindo espaço para a subjetividade do juiz na decisão **uma vez que** esse afastamento seria feito de modo ad hoc, ou seja, de caso em caso . Além disso, segundo eles, ao afastar uma regra, sem antes passar pelo crivo do controle difuso de constitucionalidade, se estaria agindo de modo inconstitucional. Pelo trecho usado pelo Tribunal, pode-se inferir que os autores consideram o instituto da ponderação no **Código de Processo Civil** algo perigoso e que faria referência à escola de direito livre, que segundo eles, já tem sido criticada na doutrina há muito tempo.

Já para outro autor elencado na decisão, Fredie Didier, o dispositivo em questão deve apenas orientar como o julgador deve agir e determinar o conteúdo mínimo da decisão em hipótese de conflito normativo. Segundo ele:

20

O primeiro passo é saber se se trata de conflito entre regras ou entre princípios.

Segundo Alexy, para solucionar um conflito entre regras é necessário que uma das regras integre uma hipótese de exceção à outra, ou então que uma delas seja invalidada e expurgada do ordenamento, em nome da subsistência da outra, verificando-se, pois, se a regra está dentro (como exceção) ou fora (por invalidação) do ordenamento. Dessa forma, constatada a contradição entre 'juízos concretos de dever-ser', se ela não pode ser sanada com a inserção de uma 'cláusula de exceção' em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada.

Essa não é, contudo, a solução para a colisão entre princípios. Nesses casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado. Na verdade, em uma 'dimensão de pesos' (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro - caso em que o conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento.(DIDIER, 2018, p. 373-374)

? Neste caso, o autor destaca **que o primeiro passo na hipótese de** conflito de

normas é estabelecer **se se trata de conflito entre regras ou entre princípios**, dois tipos básicos de norma, como se demonstrou no tópico acima. Para ele, seguindo a linha do pensamento de Robert Alexy, em se tratando de conflito de regras, caso não se possa sanar **a contradição entre** elas, uma exclui a outra em caso de conflito, sendo uma válida e outra inválida. De modo diferente ocorre quando há conflito **entre os princípios**, onde o que se leva em consideração é o ?peso? de cada um deles, devendo o aplicador verificar na situação prática do caso concreto qual pesa mais que o outro, devendo este ter preferência sobre o outro.

? E ainda, segundo a doutrina do autor citado pela corte, aprofundando a discussão, refletindo sobre a distinção entre princípios e regras, afirma ser partidário da tese de **que a ponderação** também pode ser usada **na hipótese de** eventual conflito de regras:

As regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias; às regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão de ponderação.

Nas suas palavras, 'a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador

O importante é que, qualquer que seja a técnica utilizada para superar o conflito normativo, ela exige do juiz uma justificação. Não basta dizer, por exemplo, que uma regra constitui exceção do que diz a outra, ou que, no caso concreto, um determinado princípio deve prevalecer sobre outro (DIDIER, 2018, p. 374-375)

21

? Segundo o autor, portanto, é o caso de utilizar a técnica de ponderação também as regras. Por fim, ele declara que em todas as hipóteses que for preciso usar a ponderação de normas, deve o juiz justificar ela, sendo este ponto muito importante.

Em seguida, na decisão, o Tribunal menciona a doutrina de Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues, que é voltada a reconstruir os debates legislativos travados na ocasião da confecção **do diploma processual**. A respeito do § 2º do art. 489 do CPC/2015, a corte ressalta a conclusão dos autores sobre alguns pontos:

Primeiro ponto: por trás **da redação do** dispositivo que incluiu a previsão de colisão e ponderação de normas no **novo Código de Processo Civil**, sempre esteve presente - e de maneira inequívoca - a preocupação com a adequada exposição das razões que justificam as decisões jurídicas, especialmente daquelas que se fundamentam em conceitos indeterminados princípios e demais elementos que poderiam ocultar decisões subjetivas.

Segundo ponto: em nenhum momento foi proposta uma redação que indicasse uma sugestão ou determinação do uso da ponderação como elemento de fundamentação de decisão. Os termos 'colisão' e 'ponderação' foram incluídos no novo Código pelo reconhecimento de que eles já constituem argumentos usados para fundamentar decisões questionáveis.

Quinto ponto: não houve preocupação quanto à definição qualitativa e/ou formal da norma passível de colisão e, por conseguinte, que enseja ponderação. Em tese, **da redação do** enunciado podem derivar confusões de diversas ordens.

Sexto ponto: não se viu na elaboração **do novo Código** qualquer preocupação quanto à definição de algo como um método oficial de ponderação. O único pressuposto da ponderação é a **colisão de normas**. Por conseguinte, não há espaço para controle de doutrinalidade das decisões: atendidos os requisitos impostos pelo art. 489, uma decisão **não pode ser** considerada inválida por não ter seguido a fórmula de ponderação do X ou Y.

Sétimo ponto: mesmo assim, não é qualquer **caso de colisão de normas** que habilita o uso da ponderação para fundamentar uma sentença. Os **critérios de resolução de** antinomia **apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, por exemplo, não foram revogados pelo novo Código. Lei posterior continua revogando a anterior, a lei especial continua revogando a geral, etc. (MEIRA, 2015, p. 79-80).

? Os autores levantam alguns pontos a respeito da técnica de ponderação de normas, a que a decisão **do Superior Tribunal de Justiça** seleciona cinco: a) a discussão que permeou a **redação do artigo** teve sempre a preocupação com a fundamentação **da decisão que** tivesse que empregar a técnica de ponderação; b) no âmbito da discussão **da redação do artigo**, a ponderação não foi usada em nenhum momento como elemento de fundamentação da decisão, antes os termos ?colisão? e ?ponderação? foram adotados pelo reconhecimento de que eles já vêm sendo usados como argumentos para fundamentar decisões controversas; c) não

houve a devida delimitação do tipo de norma que pode ser objeto da ponderação, o que acabou gerando discussões e controvérsias; d) não houve, na elaboração do Código, a preocupação em determinar claramente um método oficial de ponderação, sendo dificultado o controle pela doutrina da **aplicação da técnica**; e) não é qualquer caso que autoriza o uso da ponderação para fundamentar a sentença automaticamente, sendo importante salientar que ainda há a vigência **da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, que também tem métodos **de resolução de antinomias**.

Feito esse apanhado doutrinário, a corte constata um estado paradoxal de coisas: a ausência de critério claro de como e em quais casos deve ser usada a ponderação terminou por produzir receios **de que o** dispositivo em questão, que teve por finalidade diminuir a discricionariedade, acabou abrindo espaço para insegurança jurídica, dando abertura para que em sua aplicação surgissem decisões eivadas de aspectos subjetivos e alheios ao direito positivo (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online).

? Feita essas considerações, a corte lança mão da interpretação sistemática, à luz dos objetivos que orientam o **Código de Processo Civil**: o aprimoramento de técnicas processuais com a finalidade de alcançar maior efetividade na prestação jurisdicional e à orientação no sentido de criar uma jurisprudência íntegra, estável e coerente (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017).

Neste sentido a corte fixa os seguintes entendimentos sobre o tema:

- a) o § 2º do art. 489 do CPC/2015 **estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade da decisão judicial, sem revogar outros critérios de resolução de antinomias, tais como os apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;**
- b) **apenas se configura a nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador;**
- c) **o exame da validade/nulidade da decisão que aplicar a técnica da ponderação deve considerar o disposto nos arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015, segundo os quais a decisão judicial constitui um todo unitário a ser interpretado a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite;**
- d) **em recurso especial, a pretensão de revisão do mérito da ponderação**

efetuada pelo Tribunal de origem pressupõe que se trate de matéria

23

infraconstitucional, além da indicação, nas razões recursais, das normas conflitantes e das teses que embasam a sustentada violação/negativa de vigência da legislação federal;

e) tratando-se de decisão fundamentada eminentemente na ponderação entre normas ou princípios constitucionais, não cabe ao STJ apreciar a correção do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

Ou seja, a tese fixada pela corte determina como critério de nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 quando não for possível verificar, nos fundamentos da decisão, o motivo pelo qual a ponderação foi necessária no caso concreto e como se estruturou o juízo valorativo do aplicador. A respeito da validade da decisão que aplicar a técnica de ponderação, o Tribunal afirma que devem ser levados em consideração os dispostos no artigo 282 e 489, §3, do Código de Processo Civil, segundo a qual a decisão deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos, em conformidade com o princípio da boa-fé, ponto este que foi examinado acima na discussão sobre o artigo 489 a partir da doutrina de Nery (2018), não havendo nulidade quando não se verificar prejuízo à parte que o alega, ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte que possa se aproveitar da nulidade.

Quanto ao caso concreto, a corte atesta que a sua solução não é trivial no âmbito da hermenêutica constitucional, sendo antes considerada verdadeiramente o que se convencionou a chamar de hard case (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). O dispositivo da decisão consta como:

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial apenas quanto ao pedido de decretação da nulidade do acórdão recorrido e, nessa extensão, nego-lhe provimento. Na origem, os honorários sucumbenciais foram fixados, por equidade, em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) ficando majorados para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária a partir da publicação do presente acórdão, a serem pagos em favor da parte recorrida, nos termos do art. 85, §§ 8º e 11, do CPC/2015. É o voto. (Superior Tribunal de Justiça, 2017)

Deste modo, a corte decide no sentido de não acolher a pretensão da parte autora, não vislumbrando nulidade do acórdão, que é considerado pelo Tribunal como tendo motivação racional. Esse entendimento leva em consideração o fato de

acórdão recorrido ter, segundo a corte, enfrentado todas as questões relevantes necessárias à solução da controvérsia e também ter apresentado de forma clara o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada por meio da exposição das razões fáticas e também jurídicas que fundamentaram o seu convencimento pela

24

prevalência da liberdade de expressão (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Portanto, restou decidido o caso concreto pela adequação da decisão da instância inferior quanto à aplicação da ponderação de normas, afastando-se a tese da parte recorrente a respeito de sua alegada inadequação.

O Tribunal também fixa entendimento do que deve ser considerado adequado quando da aplicação do instituto da ponderação de normas, para eventuais casos futuros. O próprio Superior Tribunal de Justiça, classifica o caso como um hard case, demonstrando a complexidade que a ponderação pode apresentar em cada caso concreto, que, entretanto, teve uma solução para essa complexidade dada pela corte, a partir do estabelecimento de uma diretriz firmada por ela quando for necessária a avaliação da adequação do instituto no contexto da sua aplicação nos casos concretos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

? O presente artigo teve por objeto a compreensão da mudança ocorrida no Direito Processual Civil, quando o paradigma neoprocessualista se tornou dominante. Para tal, se examinou a técnica de ponderação de normas, que, como foi explicitado, constitui uma técnica que acabou ganhando mais relevo no processo civil quando da passagem para o paradigma neoprocessualista, podendo ser considerada uma técnica representativa dele.

Para compreender esse novo paradigma processual, a partir do método de pesquisa documental se examinou suas origens na história e na filosofia, a partir de uma mudança mais geral no Direito, da dominância da perspectiva positivista para a perspectiva pós-positivista, ocasionada no século 20. Também foi relacionado o neoprocessualismo com o novo paradigma do Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo.

Pontuada a importância que a ponderação de normas passa a ter neste contexto, se analisou o lugar desta técnica normativa no Novo Código de Processo Civil, momento em que também foi analisado o seu conceito por parte da doutrina. Essa discussão pôde ser melhor contextualizada quando foi examinado a sua aplicação na prática a partir da análise do Recurso Especial 1.765.579-SP, onde, no âmbito do caso concreto, a corte, na decisão, examinou a natureza da ponderação de princípios no Novo Código de Processo Civil, fixando teses de sua aplicação. A ponderação de normas constante no artigo 489 do CPC se revelou ter

25

aplicação complexa, podendo ocasionar o que o Tribunal chamou de hard case. Entretanto, **no caso concreto** objeto de estudo, a corte decidiu a questão, fixando também teses gerais sobre **nulidade por violação do §2 do artigo 489** e sobre a ponderação de normas.

?

REFERÊNCIAS

26

ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da Ponderação à Brasileira. São Paulo: Revista de Processo, vol. 269/2017, p. 109-138, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso **de Processo Civil** - Teoria do Processo Civil - vol. II. 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios - 18 ed. rev. e atual. - São Paulo:

Malheiros, 2018.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 48, n. 189, jan/mar. 2011.

BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico. Trad. Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. DOU, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. DOU, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, número vol.17, dez, 2008.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 3 - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, vol. 14, n. 56, p. 74 - 107, out-dez, 2011.

MEIRA, Danilo Christiano Antunes e RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Colisão e ponderação de normas na elaboração **do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 246. **São Paulo: Ed. RT**, 2015.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao **Código de Processo Civil**. 3 ed. -**São Paulo**: Thomson Reuters Brasil, 2018

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista **da Faculdade de Direito da UFRGS**, vol. 26, 2006.

27

_____. O Processo Civil na Perspectiva **dos Direitos Fundamentais**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, vol. 2, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.765.579 - SP (2017/0295361-7), Relator Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva**, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>>,. Acesso em: 21 mai. 2025

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível nº 1024271-28.2015.8.26.0100, Relator Viviani Nicolau, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Processos>>. Acesso em: 21 mai. 2025.

VAUGHN, Gustavo Favero; VEIGA, Natália Salva. Reflexões sobre **a técnica da ponderação** no **Novo Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol.971, set, 2016

=====
Arquivo 1: [TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf](#) (8146 termos)

Arquivo 2: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/19105.htm (65078 termos)

Termos comuns: 872

Índice de similaridade antigo: 0,77%

Novo índice de similaridade: 7,02%

Índice de agrupamento: Alto

O texto abaixo é o conteúdo do documento **Arquivo 1**. Os termos em vermelho foram encontrados no documento **Arquivo 2**. Id da comparação: e22380f9e3a5c78x266

=====
UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE **DO**
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Salvador
2025

DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Artigo apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade Católica do
Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador
2025

2

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco¹
Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo compreender o neoprocessualismo sob o prisma da aplicação da técnica de ponderação de normas. Em um primeiro momento se situa a compreensão do paradigma neoprocessualista em seu contexto histórico e teórico mais amplo, relacionando o seu surgimento com acontecimentos da história recente e com uma mudança mais ampla de paradigma filosófico dentro do Direito, representada pela passagem do paradigma positivista para o pós-positivista. Em seguida, se analisa a relação do neoprocessualismo com o neoconstitucionalismo, novo paradigma do Direito Constitucional. Na sequência, se estuda a ponderação de normas propriamente dita, situando a técnica dentro do Novo Código de Processo Civil, bem como sua formulação conceitual na doutrina. Por fim, se examina o Recurso Especial 1.765.579-SP como estudo de caso, visando contextualizar a discussão em um caso concreto. O presente estudo foi construído tomando como método a pesquisa documental, mobilizando, além do julgado em questão, livros e artigos de autores que tem o mesmo tema como objeto.

Palavras-chave: Neoprocessualismo. Ponderação de Normas. Novo CPC.
Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. 3. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO. 4. NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS. 5. NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: O CASO DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, não apenas como apenas sistema de normas mas sobretudo enquanto fenômeno teórico, passou por profundas transformações. Catastróficos acontecimentos do século 20, em especial a Segunda Guerra Mundial, motivaram o pensamento jurídico a reformular o seu paradigma filosófico, ou seja, seus aspectos teóricos mais amplos e fundamentais. Uma vez que que muitos daqueles

² Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodium, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador ? UCSAL, Professor de Direito da Universidade Católica do Salvador. E- mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.

¹ Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: danilo.pacheco@ucsal.edu.br

acontecimentos ocorreram sob a perfeita adequação ao Direito vigente à época, fez-se necessário pensar e construir um novo paradigma para o pensamento jurídico, com vistas a impedir que catástrofes como aquelas voltassem a ocorrer. Sendo o paradigma dominante naquele momento de crise o positivismo jurídico, surgiu como sua contraposição o pós-positivismo jurídico. A principal mudança que este novo paradigma apresentou foi a relativização da distinção entre Direito e Moral, admitindo-se, nesta perspectiva, critérios materiais de validade das normas. Essa mudança de orientação teórica influenciou tanto o Direito Constitucional como o Direito Processual Civil. No Direito Constitucional, como correspondente do pós-positivismo neste ramo, surge o neoconstitucionalismo, tendo por característica central o caráter normativo da constituição **bem como a** vinculação dos direitos fundamentais **a todos os** ramos do direito. Isso em forte contraste com a concepção positivista de constituição, que atribuía a esta um caráter meramente formal. Já no âmbito **do Direito Processual** Civil, o pensamento consequente ao pós-positivismo é o neoprocessualismo que tem por principal característica o maior relevo dos princípios e dos valores dentro do processo. Central no neoprocessualismo é a busca por **acesso à justiça, bem como a** mitigação dos excessos formalistas do paradigma anterior.

Uma mudança que se sobressai no Direito Processual Civil quando da passagem para o paradigma neoprocessualista é o maior relevo da técnica de ponderação de normas sobre **a técnica de** subsunção. A subsunção é a tradicional aplicação da norma certa aos fatos, já a ponderação, no Direito Brasileiro, aparece **no Código de Processo Civil** no artigo art. 489, § 2, no contexto da sentença, onde, havendo hipótese de colisão de **normas, o juiz deverá justificar o objeto e critérios gerais da ponderação efetuada**, explicitando **as razões de afastamento de uma das normas e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.**

Para cumprir tal objetivo, será usado como estudo de caso a análise do REsp 1.765.579 - SP, onde a ponderação de normas é aplicada e também discutida em decisão **pelo Superior Tribunal de Justiça**. A pergunta central do artigo é: como é exercida a ponderação de normas na prática, técnica representativa do novo paradigma neoprocessualista?

4

Neste sentido, o objetivo deste trabalho é compreender essas mudanças teóricas que o Direito passa, em especial no Direito Processual Civil. Para tal, se investigará especialmente **a técnica de** ponderação de normas, uma vez que a mudança para uma maior relevância da técnica de ponderação sobre a subsunção constitui-se como uma das mais significativas que ocorreram quando da passagem

ao novo paradigma, o neoprocessualismo. O presente trabalho busca, portanto, através do método de pesquisa documental e revisão bibliográfica, compreender como essas mudanças teóricas se manifestam no âmbito do **Direito Processual** Civil.

2 NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

? **A necessidade de** se pensar um novo paradigma para o pensamento jurídico remonta ao século 20. Uma vez tendo-se derrotado os regimes totalitários no continente europeu, se constatou indispensável a tarefa da criação de uma nova estrutura teórica para o Direito que estabelecesse, por um lado, direitos e garantias individuais que protegessem o cidadão de eventuais abusos pelo Estado ou quaisquer **outras formas de** poder e, por outro, mecanismos de controle da Constituição, ocasionando a criação da assim chamada jurisdição constitucional (CAMBI, 2008). É importante, entretanto, que inicialmente se compreenda **as características do** paradigma anterior ao que seria contraposto posteriormente em resposta a essa crise: O positivismo jurídico. Segundo Bobbio (2015), o positivismo pode ser compreendido tanto como modo de aproximar-se do Direito, tanto como uma teoria ou concepção **do mesmo ou** ainda como uma ideologia de justiça (BOBBIO, 2015).

Como modo de se aproximar do Direito, o positivismo jurídico seria marcado pela clara distinção entre Direito real e Direito ideal. Seria justamente pela ênfase no Direito real em contraposição ao ideal que ele se caracterizaria. Essa ênfase conferiria ao positivismo jurídico um caráter que poderia ser chamado de científico (BOBBIO, 2015).

Já como teoria do Direito, o positivismo jurídico se caracteriza por acentuar fortemente a ligação do Direito com **o Estado, ou** seja, o positivismo seria uma teoria estatista do Direito. Ainda **de acordo com** Bobbio (2015), isso confere à teoria positivista algumas consequências: a) Com relação à definição **do Direito, a** teoria

5

da coatividade, que o define como sistema **de normas que** se fazem valer pelo uso da força. b) Com relação a teoria da norma, a teoria imperativista, **de acordo com a qual** a norma jurídica é um comando; c) Com relação às fontes **do Direito, a** supremacia da lei sobre as demais fontes; d) Com relação ao ordenamento jurídico, a ele é atribuído o caráter de completude e, por consequência, de ausência de antinomias; e e) **Em relação ao** método da ciência jurídica, a consideração da atividade do jurista como essencialmente lógica (BOBBIO, 2015).

Por fim, ainda segundo Bobbio (2015), como ideologia, o positivismo jurídico representa a crença em certos valores. Esses valores atribuem ao Direito existente

um valor positivo independente de qualquer Direito ideal. Isso ocorre de duas maneiras: a) O Direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, ou seja, como emanção de uma vontade dominante, é justo no sentido **de que o** critério para avaliar a sua justiça seria exatamente o mesmo que seria usado para julgar sua validade ou invalidade; e b) o Direito positivo serve, **por sua própria** existência e independente de qualquer valor moral, à consecução de certos fins desejáveis, como a ordem, a paz e de modo geral à justiça legal. Desses dois valores, segue-se que, para a ideologia positivista, a norma jurídica deve ser obedecida de per si (BOBBIO, 2015).

? Por mais estruturado que fosse o pensamento positivista, ele enfrentou sérias críticas, sobretudo no decorrer do século 20. Decisões extremamente apartadas de qualquer noção de justiça como as que atravessaram todo o regime fascista e nazista não poderiam mais ser aceitas pela sociedade (BICALHO et al, 2011). Nesse contexto histórico dramático, se abriu um ambiente propício para renovação dentro do pensamento jurídico, e é neste contexto que surge o pós-positivismo ou o não positivismo (BICALHO et al, 2011). Segundo Bicalho e Fernandes (2011) a crise do pensamento positivista pode ser explicitada em duas razões centrais: a) a pluralidade das sociedades pós-modernas, que acabaram evidenciando a limitação da noção de completude do sistema positivo codificado; e b) pela dificuldade apresentada pela concepção positivista quando **da necessidade de** mitigar **a aplicação de** normas positivas, **quando for o caso de ser** flagrante que as soluções por elas apresentadas no momento da aplicação forem absurdas ou desproporcionais (**como no caso do** sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista) (BICALHO et al, 2011).

6

? O pós-positivismo conta como adeptos autores como Alexy, Dworkin, Bonavides e Barroso, dentre outros (BICALHO et al, 2011). Apesar desses autores possuírem entre si discordâncias dentro de suas perspectivas teóricas, um fio comum entre eles pode ser apontado como: a relativização da separação entre Direito e Moral, **bem como a** admissão de critérios materiais **para a validade das** normas. Uma vez que uma crítica central ao positivismo jurídico é **a falta de** critérios valorativos para **a aplicação das normas**, o pós-positivismo trabalha no sentido de conferir bases axiológicas, ou seja valorativas, **para a sua** aplicação, principalmente **a partir do** Direito Constitucional (BICALHO et al, 2011).

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO

? Diante deste contexto de mudança teórica, o Direito considerado enquanto

sistema de normas foi expressivamente afetado em seus ramos, sobretudo em dois dos mais fundamentais deles : o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil. A mudança que se estabeleceu como decorrência dos fenômenos analisados no tópico acima no âmbito do Direito Constitucional **é o que se** denomina neoconstitucionalismo, que representa um novo paradigma dentro do Direito Constitucional. As alterações mais importantes que este novo paradigma apresenta, segundo Cambi (2008), podem ser sistematizadas em três aspectos distintos. O primeiro desses aspectos é o histórico e já foi delineado em suas linhas centrais no tópico anterior. Cumpre apenas destacar como marco legislativo a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, isto é a Grundgesetz, a Constituição alemã. Outras constituições também se compõem como marco da mudança para o paradigma neoconstitucionalista, quais sejam, as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978). No caso brasileiro, **a Constituição Federal** de 1988 sofre forte influência desses marcos legislativos, sobretudo por se caracterizar historicamente como passagem de um regime autoritário para um democrático, lançando as bases para um Estado Democrático de Direito no Brasil. Segundo Cambi (2008), apesar de a Constituição brasileira ter sofrido diversas reformas constitucionais ao longo do tempo, ela logrou criar uma cultura jurídica de valorização de um sentimento constitucional. Após sua promulgação, diversos episódios de instabilidade política, próprios da história recente do Brasil,

7

encontraram nela soluções, criticáveis **ou não, de** manutenção da estabilidade democrática. O segundo aspecto da alteração é o filosófico e também foi delineado em linhas gerais no tópico anterior, qual seja, a passagem para a tendência pós-positivista. Cumpre apenas destacar o papel dos princípios, que para essa nova matriz teórica, deixam de ter aplicação meramente secundária, isto é, de ter a função de apenas colmatar lacunas e passam agora a ter relevância jurídica na confirmação judicial de direitos (CAMBI, 2008).

Além dos aspectos históricos e filosóficos, o neoconstitucionalismo representa também expressivamente mudanças de natureza teórica. **De acordo com** Cambi (2008), seguindo a linha do pensamento do professor e ministro Luís Roberto Barroso, as mudanças teórica trazidas pelo novo paradigma podem ser divididas em três vertentes: **a) o reconhecimento de** força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Segundo **o autor, ao** afirmar que as normas constitucionais têm força normativa, com isso estamos reconhecendo que a Constituição não é apenas uma carta política mas tem conteúdo jurídico imperativo. Isto é, **a partir do momento em que se** reconhece a Constituição como lei, seus

princípios e regras devem ter normatividade, regulando condutas e produzindo expectativas de comportamentos. Essa é uma concepção nova de Constituição, uma vez que se contrapõe a visão clássica, onde a carta constitucional era encarada apenas como declaração política, programa de futuro ou também mera exortação moral (CAMBI, 2008).

Neste contexto, a positividade da norma constitucional é sobretudo a vinculação positiva do legislador a ela, **bem como de todos os** órgãos concretizadores do Estado, seja o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário, que devem encarar a Constituição como diretivas materiais permanentes. Por fim, ela passa a funcionar como limites materiais negativos para o poder público em geral, passando a ser considerados inconstitucionais **os atos que** sejam contrários a ela (CAMBI, 2008).

Uma consequência dessa expansão da normatividade constitucional é a expansão da jurisdição constitucional. Ela se reflete na realidade do Direito brasileiro em especial pelo **controle de constitucionalidade**, havendo agora uma ampliação considerável deste mecanismo. A Constituição de 1988 acabou ampliando o controle

8

abstrato de constitucionalidade, alargando os legitimados ativos para propor as ações que o compõem e, também, criando outros instrumentos de jurisdição constitucional como por exemplo a Ação Direta de Constitucionalidade (CAMBI, 2008).

Por fim, a última vertente elencada por Cambi (2008) que expressa a mudança representada pelo neoconstitucionalismo em seu aspecto teórico, é o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Aqui se trata sobretudo da constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais (CAMBI, 2008).

Para o autor, houve uma mudança do centro gravitacional hermenêutico, ou seja interpretativo, dos códigos para a constituição. Essa nova orientação interpretativa não rompeu completamente com os clássicos métodos de interpretação jurídica, os tradicionais métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico: antes a nova dogmática de interpretação constitucional trazida pelo neoconstitucionalismo informa o intérprete que lançar mão dos métodos tradicionais, da teoria dos princípios, em prevalência sobre a teoria das regras. Segundo Cambi (2008), **de acordo com a** teoria das regras, prevalece a dicotomia validez-invalidéz, ou seja, diante de uma antinomia, o intérprete lançaria mão de critérios tradicionais como *lex superior derogat inferior*, *lex specialis derogat generalis* e *lex posterior derogat priori*. Mas, de maneira mais significativa para o autor, a característica fundamental que a teoria das regras conferire à hermenêutica jurídica é a de tudo ou

nada. Agora, com a primazia da teoria dos princípios, torna-se possível um ajuste às pretensões sociais legítimas, permitindo-se, por exemplo, solucionar-se colisões entre direitos fundamentais (CAMBI, 2008).

Particularmente, dessa mudança na interpretação jurídica, na qual existe, agora, um forte relevo e evidência da Constituição para o intérprete do Direito na aplicação, uma consequência direta se apresenta a outro ramo do Direito além do Direito Constitucional: o Direito Processual Civil. Entretanto, **para que se** possa compreender as mudanças apresentadas neste ramo como consequência dos fenômenos discutidos até então, é necessário analisar suas etapas de desenvolvimento.

As etapas de evolução do Direito Processo Civil são sobretudo metodológicas, podendo ser divididas em quatro fases (LOURENÇO, 2011). As

9

fases são: a) praxismo ou fase sincretista; b) processualismo ou fase do autonomismo; c) instrumentalismo; e por fim d) neoprocessualismo ou formalismo valorativo ou formalismo ético (LOURENÇO, 2011).

Em um primeiro momento, na fase do praxismo, **o que se** dava era a completa confusão entre o direito material e o direito processual. Nesta fase o Direito Processual não era autônomo, tendo pouca fundamentação teórica e científica construída pelos juristas. Entretanto, estudos de juristas alemães no século 19 sobre **a natureza da** ação e do processo contribuíram para a superação dessa etapa metodológica (LOURENÇO, 2011).

Superada essa etapa, surge a fase do processualismo, com a perspectiva de autonomia do processo. Agora ele começa a ser estudado mais profundamente e suas bases são lançadas cientificamente, em separado **do direito material**. Segundo Lourenço (2011), é nesta etapa, pela preocupação dos juristas em conferir autonomia ao processo **em relação ao** direito material, que surge o formalismo exagerado, ou seja, estudar **o processo em** si, sem a preocupação de que esse estudo possa fazer alguma referência imediata à realidade.

Interessante reflexão sobre o formalismo foi delineada por Oliveira (2006).

Refletindo sobre o formalismo processual, **o autor o** caracteriza, em sentido amplo, como a totalidade formal do processo, considerando especialmente a delimitação dos poderes. Forma, para esse autor, significa começo e fim, circunscrição de material a ser formado, estabelecimento de limites **de ação e** cooperação dos agentes dentro do processo (OLIVEIRA, 2006). O formalismo, para ele, visa controlar, sobretudo, eventuais excessos **que as partes** possam cometer, conferindo ordem ao procedimento. Segundo **o autor, o** formalismo se constitui enquanto elemento não só de efetividade como de segurança do processo. Entretanto, com o

passar do tempo, o pensamento formalista sofreu desgaste e passou a ser um formalismo excessivo.

O problema, segundo ele, é que esse poder organizador do formalismo, **em vez de** concorrer para **a realização do** litígio acabe resultando em uma aniquilação do próprio direito ou em um retardamento irrazoável do processo (OLIVEIRA, 2006). Neste caso o formalismo acaba obstando que o instrumento atinja sua finalidade, a que sugere o autor que o jurista lance mão de uma atitude mais aberta, entretanto sem desprezar o formalismo, considerando que **no caso do** sistema brasileiro, este

10

possui meios suficientes **para a solução, que,** segundo ele, tem **a forma de** uma antinomia entre justiça e formalismo.

No terceiro momento de evolução metodológica, a fase do instrumentalismo, o processo passa a ser considerado como instrumento **do direito material**. Essa postura metodológica **do Direito Processual**, aparece agora como forma de corrigir os excessos formalistas da etapa metodológica anterior, que foi encarada como excessivamente técnica. Agora o processo não é visto como um fim em si mesmo, tendo surgido nesta etapa as ideias de promoção de maior **acesso à justiça**. Essa fase é, portanto, mais crítica (LOURENÇO, 2011).

Por fim, em sua última etapa de desenvolvimento metodológico, surge o neoprocessualismo ou formalismo valorativo, ou ainda formalismo ético. Nesta fase é onde o instrumentalismo interage com as mudanças de paradigma que ocorreram no Direito Constitucional. Oliveira (2014), ao refletir sobre essa última mudança no pensamento processual, chega mesmo a afirmar **que se o processo** não pode mais ser compreendido como mera técnica e sim como instrumento **de realização de** valores, em especial, valores constitucionais, podemos considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Lourenço (2011), sintetizando os pontos centrais da passagem ao paradigma neoprocessualista no Direito Processual Civil, os elenca como uma série de substituições: a) princípios no lugar de regras, ou pelo menos mais princípios do que regras); b) ponderação no lugar de subsunção, ou pelo menos, mais ponderação do que subsunção); c) justiça particular **em vez de** justiça geral, ou ainda, mais análise individual e concreta que geral e abstrata; d) Poder Judiciário **em vez de** Poder Executivo ou Legislativo, ou mais **Poder Judiciário e** menos Poder Legislativo ou Executivo; e) Constituição no lugar **da lei, ou,** maior e mais direta aplicação da Constituição no lugar da lei.

Para os fins do presente artigo, a compreensão da mudança que a passagem ao paradigma neoprocessualista ocasiona, se analisará de modo mais detido o ponto central elencado acima no item ?b? pelo autor, a prevalência da ponderação

sobre a subsunção. Para tal se estabelecerá tanto o lugar da técnica de ponderação de normas no **Código de Processo Civil**, quanto a sua definição na doutrina.

11

4 NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS

O **Código de Processo Civil** de 2015 é um marco da passagem ao neoprocessualismo nos termos acima delineados (VAUGHN et al, 2016). Já em seu primeiro artigo, ele consagra a interpretação constitucionalizada **de todos os** dispositivos nele contidos, reconhecendo em seu âmbito a força normativa da constituição (VAUGHN et al, 2016). Como ficou claro na discussão dos tópicos anteriores, é precisamente a presença mais forte do Direito Constitucional no Direito Processual Civil a característica central do paradigma neoprocessualista. Neste mesmo sentido, uma mudança significativa com o advento do Novo **Código de Processo Civil** de 2015 foi no âmbito **do dever de fundamentação das decisões judiciais**, consagrado no art. 489 do referido diploma (VAUGHN et al, 2016). O artigo 489 estabelece que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

- I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;**
- II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;**
- III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.**

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;**
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;**
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;**
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;**
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;**
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em**

juízo ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL, 2015)

Esse dispositivo específico tem por inspiração direta o artigo 93, IX, da Constituição Federal, e determina certos critérios de qualidade a serem preenchidos para que a decisão possa ser considerada fundamentada. A razão de ser da

12

importância conferida à fundamentação é a defesa do jurisdicionado em relação aos eventuais julgamentos arbitrários que ele possa ser submetido (VAUGHN et al, 2016).

Entretanto, sendo objeto de estudo do presente artigo mais especificadamente a ponderação de normas, o dispositivo central a ser analisado é o parágrafo segundo do artigo 489. O parágrafo em questão possui a seguinte redação:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 2015)

Para que se possa compreender o artigo em questão, é necessário examinar o conceito de ponderação de normas na doutrina, tarefa que encontra na obra de Ávila (2018) uma contribuição notável.

Segundo o autor, normas jurídicas podem ser compreendidas como o resultado final da interpretação. A interpretação propriamente dita tem como objeto imediato os dispositivos jurídicos (ÁVILA, 2018). É possível, por exemplo, haver normas sem que haja um dispositivo específico e determinado a ela diretamente vinculados. Por exemplo, no caso do princípio da segurança jurídica. O autor, após reconstruir de maneira crítica a história da conceituação das espécies normativas por parte da doutrina, desenvolve a sua própria definição a respeito delas. Segundo ele:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja

aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios **que lhes são** axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2018, p. 102)

Ou seja, para ele, regras são normas descritivas, retrospectivas que tem como função ser parâmetro para decisão e serem abrangentes, tendo, na aplicação, **a necessidade de** se avaliar a correspondência entre **os fatos e** ela. Já os princípios são normas voltadas para um fim, tendo como função primordial ser uma orientação prática.

13

Existe, entretanto, além dos princípios e das regras, uma outra espécie de norma de fundamental importância: os postulados normativos. **Essa espécie de** norma é imediatamente metódica. Elas instituem critérios de aplicação para outras normas, que, essas sim, se situam no plano **do objeto da** aplicação (ÁVILA, 2018). Um desses postulados normativos é precisamente a ponderação. Segundo Ávila, a ponderação de bens consistiria em um:

Método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência **a pontos de** vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação **de bens, de** valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para **a aplicação do Direito**. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios (ÁVILA, 2018, p. 185).

Salienta também o autor que é importante separar e apreciar a sutileza dos elementos envolvidos na ponderação, quando da sua aplicação, quais sejam: a) os bens jurídicos; b) os interesses; c) os valores; por fim, d) os princípios. Os bens jurídicos seriam situações, estados ou propriedade essenciais particulares da promoção dos princípios jurídicos. Os interesses são os próprios bens jurídicos enquanto vinculados a algum sujeito que os procura obter. Já os valores são o aspecto axiológico, ou seja, valorativo, das normas, indicando **o que é bom, isto é, o que é** digno de ser buscado ou preservado. Por fim os princípios propriamente ditos,

são, para o autor, o aspecto deontológico dos valores, que além de demonstrar que algo deve ser buscado, determinam que este algo deve também ser promovido (ÁVILA, 2018).

Em relação às etapas da ponderação, isto é, as etapas da aplicação dessa espécie de norma, o mesmo autor a divide em três: a) preparação da ponderação (Abwägungsvorbereitung, em alemão, idioma no qual o conceito se originou); b) realização da ponderação (Abwägung); e, por fim, c) reconstrução da ponderação (Rekonstruktion der Abwägung). A primeira etapa, a da preparação da ponderação, é onde se analisam todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível. Na segunda etapa, a da realização da ponderação, o intérprete que aplica a ponderação vai fundamentar a relação estabelecida entre os objetos de sopesamento.

No caso da ponderação, nessa etapa deve ser indicado a relação da primazia de um objeto ponderado sobre o outro. Por fim, na reconstrução da

14

ponderação, se formam regras de relação, inclusive de primazia de um objeto sobre o outro, com pretensão de validade para além do caso (ÁVILA, 2018). Por fim, o autor destaca que os critérios de ponderação podem ser vários, devendo, entretanto, ter o intérprete que vai aplicar essa espécie normativa, a maior atenção aos princípios constitucionais e, também, as regras de argumentação que podem ser construídas a partir deles.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a ponderação de normas aparece no Código de Processo Civil no § 2.º do art. 489 do CPC. Segundo Arenhart, Marinoni e Mitidiero, o Código de 2015 apresenta ao todo três postulados normativos ou seja, como visto acima, tipos de normas que têm como objeto a aplicação de outras normas: proporcionalidade, razoabilidade e ponderação (Arenhart et al, 2015). A proporcionalidade é o postulado normativo que visa estruturar a aplicação de duas normas que mantêm entre si relação de meio e fim. Já a razoabilidade, é o segundo postulado constante no Código de Processo Civil, e tem três acepções básicas, razoabilidade como equidade, congruência e como equivalência; por fim, a ponderação de normas seria, no Código, o postulado normativo que visa atribuir peso a elementos que se entrelaçam. Cada um desses postulados existe para solucionar determinados problemas específicos, tendo cada um deles sua própria estrutura de aplicação, bem como sua particular exigência aplicativa quando for necessária a sua aplicação em cada caso concreto (Arenhart, 2015).

Ocorre que dentre as diversas maneiras que as normas podem se relacionar entre si, no caso do §2 do art. 489 do CPC, a hipótese apresentada é a de que diferentes finalidades normativas apontam para soluções diversas ou mesmo

opostas, quando for necessário aplicar todas elas: **é o que o Código** chama de **?colisão de normas?**. Segundo os mesmos autores, quando o Código fala de ponderação, pode ser **o caso de** emprego do método de proporcionalidade, por exemplo. Caso seja hipótese de lançar mão do postulado da ponderação particularmente no **caso, o juiz deve ?justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão?**. Entretanto, caso seja hipótese de emprego da proporcionalidade, deve o magistrado explicitar a relação entre meio e fim bem como justificar argumentativamente a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da decisão. Ainda **de acordo com a** lição dos

15

autores, o emprego genérico de postulados normativos, sem qualquer ligação com suas funções previamente estabelecidas pelo código e aquilo que é autorizado judicialmente para cada caso concreto, constitui violação ao dever fundamental de fundamentação analítica (ARENHART et al, 2020).

5 NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: **O CASO DO RECURSO ESPECIAL** 1.765.579-SP

Examinando a posição da ponderação de normas **no Código de Processo Civil, bem como sua** conceituação na doutrina, passa-se agora ao **exame de um caso em que** essa técnica foi aplicada em um caso concreto, a saber, **no recurso especial 1.765.579-SP**. O estudo de **caso do recurso** em questão possibilitará a compreensão de como a ponderação de normas, técnica normativa que, como ficou claro nos tópicos anteriores, acabou ganhando destaque na passagem ao paradigma neoprocessualista, acontece na prática.

? **O recurso especial 1.765.579-SP** foi interposto pela Sociedade Beneficente Muçulmana impugnando acórdão **do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Em suas razões, a parte alegava a violação dos seguintes dispositivos (acrescidos das suas respectivas teses):

- a) **art. 1.022 do Código de Processo Civil** de 2015 - apontando a omissão **do acórdão recorrido** quanto aos motivos para priorizar **o direito à** liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa; e
- b) **art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015** - alegando **que o Tribunal de origem** não justificou **os critérios gerais da ponderação** de princípios conforme determina a nova legislação processual, isto é, **enunciando as razões que** autorizavam **a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que**

fundamentaram a conclusão. ([Superior Tribunal de Justiça](#), 2017, online)

? A ação de origem é de natureza indenizatória e foi ajuizada pela Sociedade Beneficente Muçulmana contra a Google Brasil Internet Ltda. O objetivo era a remoção de vídeo disponível na plataforma YouTube da música ?Passinho do Romano?, sob a alegação de que tal conteúdo ofendesse a religião islâmica em virtude do uso indevido de passagens do Alcorão. De acordo com a parte autora, o videoclipe veiculado pela empresa ré, bem como a respectiva canção do gênero funk que o acompanha, utilizaram trechos remixados do Alcorão, livro considerado

16

sagrado para religião muçulmana, que, segundo a parte autora, somente poderiam ser recitados dentro de um contexto próprio da liturgia da religião em questão.

? O juízo de primeiro grau declarou improcedente a demanda, ressaltando que sendo a ré mera provedora de hospedagem do conteúdo, não possuiria dever de monitoramento e fiscalização permanente do sistema, de modo que ela não poderia ser responsabilizada pelos vídeos inseridos na plataforma YouTube por terceiros usuários. Mediante a ponderação dos princípios da liberdade de expressão e da liberdade religiosa, a sentença concluiu pela ausência de ilicitude pela razão de que a obra em si mesma considerada não possuiria elemento discriminatório (o assim chamado hate speech) sendo, antes, manifestação da cultura popular, tutelada constitucionalmente pelo direito à liberdade de expressão ([Superior Tribunal de Justiça](#), 2017, online).

? Tal entendimento foi corroborado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao negar a apelação da parte autora. No acórdão, a Corte estadual analisando os fatos e as provas, bem como o teor das mídias impugnadas, asseverou que "a canção sequer menciona ou faz alusão, positiva ou negativa, ao islamismo e seus seguidores", e a respeito da alegação da parte autora de que a mera incorporação à canção de trechos do Alcorão por si só configuraria ilicitude, salientou que: a inserção de trecho do Alcorão na música e nos vídeos pode ser conduta rechaçada pela religião islâmica e um desrespeito aos preceitos subjetivos dos muçulmanos, mas não é um desrespeito à liberdade de crença religiosa ou ao sentimento religioso, nem ato que rompe os limites do exercício da liberdade artística.

Aliás, como os direitos fundamentais se estendem a todos, a insatisfação da comunidade religiosa pode se manifestar no próprio campo do exercício da liberdade de expressão, sobretudo por meio da crítica, o que é inerente ao jogo democrático de uma sociedade plural.

A insatisfação não constituirá razão suficiente, porém, para provocar a tutela

jurisdicional do Estado e materializar um mecanismo de censura (**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, 2016, online)

? Ademais, segundo o entendimento da corte paulista, não se poderia proibir a **reprodução de** conteúdo de um livro religioso com fundamentos em dogmas erigidos pela própria obra, pois isso seria o mesmo que permitir que uma regra religiosa que vincula àqueles **que a ela** pertencem pudesse ser dotada de eficácia abstrata a todos indiscriminadamente (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online). Inconformada, a parte autora opôs embargos declaratórios alegando existência de omissão e obscuridade no acórdão. Segundo ela, **o Tribunal se** negou a analisar o real teor **de suas alegações**, quais sejam: a tese **de que a** violação à liberdade

17

religiosa decorreria da simples utilização dos trechos sagrados em vão, fora do contexto da liturgia (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online). Sendo os aclaratórios rejeitados pela corte, houve ensejo a um **recurso extraordinário e** ao recurso especial, objeto do presente tópico.

? **No Recurso Especial a** recorrente alega mais uma vez a nulidade do acórdão, com base na violação do arts. 1.022 do CPC/2015 e do 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. Em síntese, suas teses são:

(i) a suposta omissão quanto aos motivos para priorizar **o direito à** liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa, **e**

(ii) **a** não explicitação dos **critérios gerais da ponderação** de princípios efetuada, conforme **disposto no § 2º do art. 489 do CPC/2015**. (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online)

? A corte então apresentou sua argumentação em dois pontos: no primeiro, sobre **a ausência de** violação **do art. 1.022 do CPC/2015**; no segundo, sobre a motivação **das decisões judiciais** e da técnica de ponderação no CPC/2015 (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016). **A respeito do** primeiro, a corte reforça o entendimento da instância inferior, sustentando **que o Tribunal** indicou adequadamente **os motivos que** formaram o seu convencimento, não se vislumbrando nem omissão, nem contradição, obscuridade ou erro material **para efeito do que dispõe o art. 1.022 do CPC/2015**.

No segundo ponto, a argumentação vai se centrar **na hipótese de** ponderação de normas, ancorada **no art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015**. A recorrente afirma no recurso **que o Tribunal** não explicitou os critérios nem as razões adotadas para conferir primazia à liberdade de expressão artística sobre a inviolabilidade de liturgia religiosa, princípios fundamentais assegurados nos incisos IX e VI **do art. 5º da**

Constituição Federal de 1988, respectivamente (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online).

Antes de adentrar na análise dos debates constantes **na decisão da corte**, cumpre tecer uma análise mais detida acerca do Artigo 489. Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a motivação da sentença tem por finalidade imediata demonstrar ao próprio magistrado a lógica jurídica que legitima a decisão, mostrando à parte sucumbente que ela não é fruto da sorte e do acaso, antes decorrendo da lei (NERY, 2018).

A falta ou deficiência na fundamentação gera nulidade, conforme o artigo 93, IX, **da Constituição Federal**. **Em relação ao** §2 do artigo, os autores defendem que

18

se restrinja **o uso da** ponderação às normas constitucionais, como os princípios e direitos fundamentais, argumento levantado por eles que também será usado pelo Tribunal no contexto da discussão **do Recurso Especial e** será mais detalhadamente examinado abaixo. Quanto à interpretação da decisão judicial, os autores pontuam que ela **deve ser interpretada levando em consideração todos os seus** componentes em conjunto, devendo ser considerados como um todo orgânico. Ainda pontuam **o dever de** atitude de boa fé na interpretação **da sentença, não** devendo-se pautar ela pela distorção **do que foi** dito pelo juiz (NERY, 2018).

Prosseguindo agora para a análise do debate levantado na decisão **pelo Tribunal**, a corte, analisando detidamente o significado da demanda, afirma que: De certa forma, pode-se considerar que o objetivo derradeiro da norma é dar concretude ao que determina o art. 93, inciso IX, **da Constituição Federal**, garantindo meios **para que a** interpretação corresponda à entrega de uma prestação jurisdicional efetiva (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online)

? **A que a sentença** avalia que a norma em questão, a saber, § 2º **do art. 489 do Código de Processo Civil** de 2015, suscitou controvérsias no meio doutrinário, em especial pela imprecisão da expressão "**colisão entre normas**", **bem como a** incorporação no sistema brasileiro da complexa teoria da ponderação desenvolvida por Robert Alexy (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online).

Aferindo a doutrina, o Tribunal referencia uma série de autores que examinaram o referido artigo. Os autores em questão são: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery; Georges Abboud e Júlio César Rossi; Fredie Didier; e Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues.

Segundo a lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a ponderação ali prevista deveria se limitar somente a direitos fundamentais e a

princípios constitucionais. **De acordo com** eles:

"(...) A nosso ver, existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode **ser resolvida por esse meio**. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada **para a solução** dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, **que não se** resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica ? as quais ainda são aplicáveis às normas **em geral**. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido **de que se refere** às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais." (NERY, 2018, p. 1164)

Pelo trecho usado na decisão, pode-se concluir que os autores em questão são mais conservadores **em relação à** técnica de ponderação. Eles avaliam que a

19

existência dessa técnica surgiu **com a finalidade de** superar dificuldades na **aplicação de normas que** são do Direito Constitucional, como os direitos fundamentais e princípios constitucionais. Para eles, a utilidade da ponderação se restringe a situações em que, na aplicação dessas normas, forem insuficientes as regras da hermenêutica jurídica tradicional. Os autores defendem **a posição de que não** é adequada a interpretação de que qualquer antinomia pode **ser resolvida por** ponderação de normas.

? **O Tribunal em** seguida, mobiliza outros autores na análise, Georges Abboud e Júlio César Rossi, **para os quais o dispositivo em** questão seria inconstitucional: Há incompatibilidade substancial entre o que preceitua o artigo 489, § 2º, **do Código de Processo Civil** e o que determina nossa tradição em fundamentar toda **a decisão judicial** e administrativa, colocando em colapso a recém (e ainda mal compreendida) estrutura do próprio Código, notadamente ao negar vigência aos artigos 10, 11, 489, § 1º, 926 e 927.

A ponderação de regras - genuíno caso brasileiro - limita-se a uma decisão subjetiva do aplicador na medida em que escolheria de forma ad hoc, diante de um caso (**ou de uma** tese, como querem os vanguardistas), o qual das regras seria afastada em face desse sopesamento. Mais precisamente, ao ponderar regras, torna-se possível ao julgador afastar determinada prescrição legislativa sem realizar o **controle de constitucionalidade** da lei. Esse afastamento, **sem a intermediação** do controle difuso de constitucionalidade, é impensável em uma democracia. Daí a inconstitucionalidade do § 2º, ele é um paradoxo porque **se trata de** dispositivo legal que pode dar vazão a uma **aplicação do direito** nos padrões

da escola de direito livre, criticada desde P Heck (ABBOUD et al. 2017, p. 135)

Os autores aqui discutidos pela corte acreditam que a ponderação de normas contidas no § 2º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 seria inconstitucional. Segundo eles, ao afastar uma norma em favor de outra, se estaria abrindo espaço para a subjetividade do juiz na decisão uma vez que esse afastamento seria feito de modo ad hoc, ou seja, de caso em caso. Além disso, segundo eles, ao afastar uma regra, sem antes passar pelo crivo do controle difuso de constitucionalidade, se estaria agindo de modo inconstitucional. Pelo trecho usado pelo Tribunal, pode-se inferir que os autores consideram o instituto da ponderação no Código de Processo Civil algo perigoso e que faria referência à escola de direito livre, que segundo eles, já tem sido criticada na doutrina há muito tempo.

Já para outro autor elencado na decisão, Fredie Didier, o dispositivo em questão deve apenas orientar como o julgador deve agir e determinar o conteúdo mínimo da decisão em hipótese de conflito normativo. Segundo ele:

20

O primeiro passo é saber se se trata de conflito entre regras ou entre princípios.

Segundo Alexy, para solucionar um conflito entre regras é necessário que uma das regras integre uma hipótese de exceção à outra, ou então que uma delas seja invalidada e expurgada do ordenamento, em nome da subsistência da outra, verificando-se, pois, se a regra está dentro (como exceção) ou fora (por invalidação) do ordenamento. Dessa forma, constatada a contradição entre 'juízos concretos de dever-ser', se ela não pode ser sanada com a inserção de uma 'cláusula de exceção' em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada.

Essa não é, contudo, a solução para a colisão entre princípios. Nesses casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado. Na verdade, em uma 'dimensão de pesos' (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro - caso em que o conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento. (DIDIER, 2018, p. 373-374)

? Neste caso, o autor destaca que o primeiro passo na hipótese de conflito de normas é estabelecer se se trata de conflito entre regras ou entre princípios, dois

tipos básicos de norma, como se demonstrou no tópico acima. Para ele, seguindo a linha do pensamento de Robert Alexy, em **se tratando de** conflito de regras, caso não se possa sanar a contradição entre elas, uma exclui **a outra em caso de** conflito, sendo uma válida e outra inválida. **De modo diferente** ocorre quando há conflito entre os princípios, onde **o que se** leva em consideração é o **?peso?** **de cada um deles**, devendo o aplicador verificar na situação prática **do caso concreto** qual pesa mais **que o outro**, devendo este ter preferência sobre o outro.

? E ainda, segundo a doutrina do autor citado pela corte, aprofundando a discussão, refletindo sobre a distinção entre princípios e regras, afirma ser partidário da tese **de que a** ponderação **também pode ser** usada **na hipótese de** eventual conflito de regras:

As regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias; às regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão de ponderação.

Nas suas palavras, 'a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório **que poderá ser** ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador

O importante é que, **qualquer que seja a** técnica utilizada para superar o conflito normativo, ela exige do juiz uma justificação. Não basta dizer, por exemplo, que uma regra constitui exceção do que diz a outra, ou que, no caso concreto, um determinado princípio deve prevalecer sobre outro (DIDIER, 2018, p. 374-375)

21

? Segundo o autor, portanto, é **o caso de** utilizar **a técnica de** ponderação também as regras. Por fim, ele declara que **em todas as hipóteses** que for preciso usar a ponderação de normas, deve o juiz justificar ela, sendo este ponto muito importante.

Em seguida, na decisão, o Tribunal menciona a doutrina de Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues, que é voltada a reconstruir os debates legislativos travados na ocasião da confecção do diploma processual. **A respeito do § 2º do art. 489 do CPC/2015**, a corte ressalta a conclusão dos autores sobre alguns pontos:

Primeiro ponto: por trás da redação do dispositivo que incluiu a previsão de

colisão e ponderação de normas no novo **Código de Processo Civil**, sempre esteve presente - e de maneira inequívoca - a preocupação com a adequada exposição das **razões que justificam** as decisões jurídicas, especialmente daquelas que se fundamentam em conceitos indeterminados princípios e demais elementos que poderiam ocultar decisões subjetivas. Segundo ponto: em nenhum momento foi proposta uma redação que indicasse uma sugestão ou determinação do uso da ponderação como elemento de fundamentação de decisão. Os termos 'colisão' e 'ponderação' foram incluídos no novo Código pelo reconhecimento de que eles já constituem argumentos usados para fundamentar decisões questionáveis. Quinto ponto: não houve preocupação quanto à definição qualitativa e/ou formal da norma passível de colisão e, por conseguinte, que enseja ponderação. Em tese, da redação do enunciado podem derivar confusões de diversas ordens.

Sexto ponto: não se viu na elaboração do novo Código qualquer preocupação quanto à definição de algo como um método oficial de ponderação. O único pressuposto da ponderação é a colisão de normas. Por conseguinte, não há espaço para controle de doutrinalidade das decisões: atendidos os requisitos impostos pelo art. 489, uma decisão **não pode ser** considerada inválida por não ter seguido a fórmula de ponderação do X ou Y.

Sétimo ponto: mesmo assim, não é qualquer **caso de colisão de normas que** habilita **o uso da** ponderação para fundamentar uma sentença. Os critérios **de resolução de** antinomia apresentados **na Lei de** Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por exemplo, não foram revogados pelo novo Código. Lei posterior continua revogando a anterior, a lei especial continua revogando a geral, etc. (MEIRA, 2015, p. 79-80).

? Os autores levantam alguns pontos **a respeito da** técnica de ponderação de normas, **a que a decisão do Superior Tribunal de Justiça** seleciona cinco: a) a discussão que permeou a redação do artigo teve sempre a preocupação com a fundamentação **da decisão que** tivesse que empregar **a técnica de** ponderação; b) **no âmbito da** discussão da redação do artigo, a ponderação não foi usada em nenhum momento como elemento de fundamentação da decisão, antes os termos ?colisão? e ?ponderação? foram adotados pelo reconhecimento de que eles já vêm sendo usados como argumentos para fundamentar decisões controversas; c) não

que acabou gerando discussões e controvérsias; d) não houve, na elaboração do Código, a preocupação em determinar claramente um método oficial de ponderação, sendo dificultado o controle pela doutrina da aplicação da técnica; e) não é qualquer caso que autoriza o uso da ponderação para fundamentar a sentença automaticamente, sendo importante salientar que ainda há a vigência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que também tem métodos de resolução de antinomias.

Feito esse apanhado doutrinário, a corte constata um estado paradoxal de coisas: a ausência de critério claro de como e em quais casos deve ser usada a ponderação terminou por produzir receios de que o dispositivo em questão, que teve por finalidade diminuir a discricionariedade, acabou abrindo espaço para insegurança jurídica, dando abertura para que em sua aplicação surgissem decisões eivadas de aspectos subjetivos e alheios ao direito positivo (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online).

? Feita essas considerações, a corte lança mão da interpretação sistemática, à luz dos objetivos que orientam o Código de Processo Civil: o aprimoramento de técnicas processuais com a finalidade de alcançar maior efetividade na prestação jurisdicional e à orientação no sentido de criar uma jurisprudência íntegra, estável e coerente (Superior Tribunal de Justiça, 2017).

Neste sentido a corte fixa os seguintes entendimentos sobre o tema:

- a) o § 2º do art. 489 do CPC/2015 estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade da decisão judicial, sem revogar outros critérios de resolução de antinomias, tais como os apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;
- b) apenas se configura a nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador;
- c) o exame da validade/nulidade da decisão que aplicar a técnica da ponderação deve considerar o disposto nos arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015, segundo os quais a decisão judicial constitui um todo unitário a ser interpretado a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite;
- d) em recurso especial, a pretensão de revisão do mérito da ponderação efetuada pelo Tribunal de origem pressupõe que se trate de matéria

23

infraconstitucional, **além da indicação**, nas razões recursais, das normas conflitantes e das teses que embasam a sustentada violação/negativa **de vigência da** legislação federal;

e) tratando-se de decisão fundamentada eminentemente na ponderação entre normas ou princípios constitucionais, não cabe ao STJ apreciar **a correção do** entendimento firmado **pelo Tribunal de origem, sob pena de** usurpação **de competência do Supremo Tribunal Federal.** (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

Ou seja, a tese fixada pela corte determina **como critério de** nulidade por violação **do § 2º do art. 489 do CPC/2015 quando não for possível** verificar, nos **fundamentos da decisão**, o motivo pelo qual a ponderação foi necessária no caso concreto e como se estruturou o juízo valorativo do aplicador. **A respeito da validade da decisão que** aplicar **a técnica de** ponderação, o Tribunal afirma **que devem ser** levados em consideração os dispostos no artigo 282 e 489, §3, **do Código de Processo Civil**, segundo a **qual a decisão deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos, em conformidade com o princípio da boa-fé**, ponto este que foi examinado acima na discussão sobre o artigo 489 **a partir da** doutrina de Nery (2018), não havendo nulidade **quando não se** verificar prejuízo **à parte que o alega, ou quando o** mérito puder ser decidido **a favor da parte que** possa se aproveitar da **nulidade.**

Quanto ao caso concreto, a corte atesta que a sua solução não é trivial **no âmbito da** hermenêutica constitucional, sendo antes considerada verdadeiramente **o que se** convencionou a chamar de hard case (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). O dispositivo da decisão consta como:

Ante o exposto, conheço parcialmente **do recurso especial** apenas quanto **ao pedido de decretação da nulidade do acórdão recorrido** e, nessa extensão, nego-lhe provimento. Na origem, os honorários sucumbenciais foram fixados, por equidade, em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) ficando majorados para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com **correção monetária a partir da publicação do** presente acórdão, **a serem pagos em favor da parte** recorrida, **nos termos do art. 85, §§ 8º e 11, do CPC/2015.** É o voto. (Superior Tribunal de Justiça, 2017)

Deste modo, a corte decide no sentido de **não acolher a** pretensão da parte autora, não vislumbrando nulidade do acórdão, que é considerado pelo Tribunal como tendo motivação racional. Esse entendimento leva **em consideração o** fato de acórdão recorrido ter, segundo a corte, enfrentado **todas as questões** relevantes

necessárias à solução da controvérsia e também ter apresentado de forma clara o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada por meio da exposição das razões fáticas e também jurídicas que fundamentaram o seu convencimento pela

24

prevalência da liberdade de expressão (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Portanto, restou decidido o caso concreto pela adequação da decisão da instância inferior quanto à aplicação da ponderação de normas, afastando-se a tese da parte recorrente a respeito de sua alegada inadequação.

O Tribunal também fixa entendimento do que deve ser considerado adequado quando da aplicação do instituto da ponderação de normas, para eventuais casos futuros. O próprio Superior Tribunal de Justiça, classifica o caso como um hard case, demonstrando a complexidade que a ponderação pode apresentar em cada caso concreto, que, entretanto, teve uma solução para essa complexidade dada pela corte, a partir do estabelecimento de uma diretriz firmada por ela quando for necessária a avaliação da adequação do instituto no contexto da sua aplicação nos casos concretos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

? O presente artigo teve por objeto a compreensão da mudança ocorrida no Direito Processual Civil, quando o paradigma neoprocessualista se tornou dominante. Para tal, se examinou a técnica de ponderação de normas, que, como foi explicitado, constitui uma técnica que acabou ganhando mais relevo no processo civil quando da passagem para o paradigma neoprocessualista, podendo ser considerada uma técnica representativa dele.

Para compreender esse novo paradigma processual, a partir do método de pesquisa documental se examinou suas origens na história e na filosofia, a partir de uma mudança mais geral no Direito, da dominância da perspectiva positivista para a perspectiva pós-positivista, ocasionada no século 20. Também foi relacionado o neoprocessualismo com o novo paradigma do Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo.

Pontuada a importância que a ponderação de normas passa a ter neste contexto, se analisou o lugar desta técnica normativa no Novo Código de Processo Civil, momento em que também foi analisado o seu conceito por parte da doutrina. Essa discussão pôde ser melhor contextualizada quando foi examinado a sua aplicação na prática a partir da análise do Recurso Especial 1.765.579-SP, onde, no âmbito do caso concreto, a corte, na decisão, examinou a natureza da ponderação de princípios no Novo Código de Processo Civil, fixando teses de sua aplicação. A ponderação de normas constante no artigo 489 do CPC se revelou ter

25

aplicação complexa, podendo ocasionar o que o Tribunal chamou de hard case. Entretanto, no caso concreto objeto de estudo, a corte decidiu a questão, fixando também teses gerais sobre nulidade por violação do §2 do artigo 489 e sobre a ponderação de normas.

?

REFERÊNCIAS

26

ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da Ponderação à Brasileira. São Paulo: Revista de Processo, vol. 269/2017, p. 109-138, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil - vol. II. 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios - 18 ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2018.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 48, n. 189, jan/mar. 2011.

BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico. Trad. Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. DOU, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. DOU, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, número vol.17, dez, 2008.

DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3 - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, vol. 14, n. 56, p. 74 - 107, out-dez, 2011.

MEIRA, Danilo Christiano Antunes e RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Colisão e ponderação de normas na elaboração do novo **Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 246. São Paulo: Ed. RT, 2015.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao **Código de Processo Civil**. 3 ed. -São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista da Faculdade **de Direito da UFRGS**, vol. 26, 2006.

27

_____. **O Processo Civil** na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, vol. 2, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.765.579 - SP (2017/0295361-7), Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>>;. Acesso em: 21 mai. 2025

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível nº 1024271-28.2015.8.26.0100, Relator Viviani Nicolau, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Processos>>;. Acesso em: 21 mai. 2025.

VAUGHN, Gustavo Favero; VEIGA, Natália Salva. Reflexões sobre a técnica da ponderação no Novo **Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol.971, set, 2016



=====
Arquivo 1: [TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf](#) (8146 termos)

Arquivo 2: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105compilada.htm (64670 termos)

Termos comuns: 872

Índice de similaridade antigo: 0,79%

Novo índice de similaridade: 7,02%

Índice de agrupamento: Alto

O texto abaixo é o conteúdo do documento **Arquivo 1**. Os termos em vermelho foram encontrados no documento **Arquivo 2**. Id da comparação: 40f29a790926a42x266

=====
UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Salvador
2025

DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Artigo apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade Católica do
Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador
2025

2

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco¹
Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo compreender o neoprocessualismo sob o prisma da aplicação da técnica de ponderação de normas. Em um primeiro momento se situa a compreensão do paradigma neoprocessualista em seu contexto histórico e teórico mais amplo, relacionando o seu surgimento com acontecimentos da história recente e com uma mudança mais ampla de paradigma filosófico dentro do Direito, representada pela passagem do paradigma positivista para o pós-positivista. Em seguida, se analisa a relação do neoprocessualismo com o neoconstitucionalismo, novo paradigma do Direito Constitucional. Na sequência, se estuda a ponderação de normas propriamente dita, situando a técnica dentro do Novo **Código de Processo Civil, bem como sua** formulação conceitual na doutrina. Por fim, se examina o **Recurso Especial** 1.765.579-SP como estudo de caso, visando contextualizar a discussão em um caso concreto. O presente estudo foi construído tomando como método a pesquisa documental, mobilizando, além do julgado em questão, livros e artigos de autores que **tem o mesmo** tema como objeto.

Palavras-chave: Neoprocessualismo. Ponderação de Normas. Novo CPC.
Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. 3. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO. 4. NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: **A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS**. 5. NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: **O CASO DO RECURSO ESPECIAL** 1.765.579-SP. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, não apenas como apenas sistema de normas mas sobretudo enquanto fenômeno teórico, passou por profundas transformações. Catastróficos acontecimentos do século 20, em especial a Segunda Guerra Mundial, motivaram o pensamento jurídico a reformular o seu paradigma filosófico, ou seja, seus aspectos teóricos mais amplos e fundamentais. Uma vez que que muitos daqueles

² Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodium, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador ? UCSAL, Professor **de** **Direito da** Universidade Católica do Salvador. E- mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.

¹ Graduando do Curso **de Direito da** Universidade Católica do Salvador. E-mail: danilo.pacheco@ucsal.edu.br

acontecimentos ocorreram sob a perfeita adequação ao Direito vigente à época, fez-se necessário pensar e construir um novo paradigma para o pensamento jurídico, com vistas a impedir que catástrofes como aquelas voltassem a ocorrer. Sendo o paradigma dominante naquele momento de crise o positivismo jurídico, surgiu como sua contraposição o pós-positivismo jurídico. A principal mudança que este novo paradigma apresentou foi a relativização da distinção entre Direito e Moral, admitindo-se, nesta perspectiva, critérios materiais de validade das normas. Essa mudança de orientação teórica influenciou tanto o Direito Constitucional como o Direito Processual Civil. No Direito Constitucional, como correspondente do pós-positivismo neste ramo, surge o neoconstitucionalismo, tendo por característica central o caráter normativo da constituição **bem como a** vinculação dos direitos fundamentais **a todos os** ramos do direito. Isso em forte contraste com a concepção positivista de constituição, que atribuía a esta um caráter meramente formal. Já no âmbito **do Direito Processual** Civil, o pensamento consequente ao pós-positivismo é o neoprocessualismo que tem por principal característica o maior relevo dos princípios e dos valores dentro do processo. Central no neoprocessualismo é a busca por **acesso à justiça, bem como a** mitigação dos excessos formalistas do paradigma anterior.

Uma mudança que se sobressai no Direito Processual Civil quando da passagem para o paradigma neoprocessualista é o maior relevo da técnica de ponderação de normas sobre **a técnica de** subsunção. A subsunção é a tradicional aplicação da norma certa aos fatos, já a ponderação, no Direito Brasileiro, aparece **no Código de Processo Civil** no artigo art. 489, § 2, no contexto da sentença, onde, havendo hipótese de colisão de **normas, o juiz deverá justificar o objeto e critérios gerais da ponderação efetuada**, explicitando **as razões de afastamento de uma das normas e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.**

Para cumprir tal objetivo, será usado como estudo de caso a análise do REsp 1.765.579 - SP, onde a ponderação de normas é aplicada e também discutida em decisão **pelo Superior Tribunal de Justiça**. A pergunta central do artigo é: como é exercida a ponderação de normas na prática, técnica representativa do novo paradigma neoprocessualista?

4

Neste sentido, o objetivo deste trabalho é compreender essas mudanças teóricas que o Direito passa, em especial no Direito Processual Civil. Para tal, se investigará especialmente **a técnica de** ponderação de normas, uma vez que a mudança para uma maior relevância da técnica de ponderação sobre a subsunção constitui-se como uma das mais significativas que ocorreram quando da passagem

ao novo paradigma, o neoprocessualismo. O presente trabalho busca, portanto, através do método de pesquisa documental e revisão bibliográfica, compreender como essas mudanças teóricas se manifestam no âmbito do **Direito Processual** Civil.

2 NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

? **A necessidade de** se pensar um novo paradigma para o pensamento jurídico remonta ao século 20. Uma vez tendo-se derrotado os regimes totalitários no continente europeu, se constatou indispensável a tarefa da criação de uma nova estrutura teórica para o Direito que estabelecesse, por um lado, direitos e garantias individuais que protegessem o cidadão de eventuais abusos pelo Estado ou quaisquer **outras formas de** poder e, por outro, mecanismos de controle da Constituição, ocasionando a criação da assim chamada jurisdição constitucional (CAMBI, 2008). É importante, entretanto, que inicialmente se compreenda **as características do** paradigma anterior ao que seria contraposto posteriormente em resposta a essa crise: O positivismo jurídico. Segundo Bobbio (2015), o positivismo pode ser compreendido tanto como modo de aproximar-se do Direito, tanto como uma teoria ou concepção **do mesmo ou** ainda como uma ideologia de justiça (BOBBIO, 2015).

Como modo de se aproximar do Direito, o positivismo jurídico seria marcado pela clara distinção entre Direito real e Direito ideal. Seria justamente pela ênfase no Direito real em contraposição ao ideal que ele se caracterizaria. Essa ênfase conferiria ao positivismo jurídico um caráter que poderia ser chamado de científico (BOBBIO, 2015).

Já como teoria do Direito, o positivismo jurídico se caracteriza por acentuar fortemente a ligação do Direito com **o Estado, ou** seja, o positivismo seria uma teoria estatista do Direito. Ainda **de acordo com** Bobbio (2015), isso confere à teoria positivista algumas consequências: a) Com relação à definição **do Direito, a** teoria

5

da coatividade, que o define como sistema **de normas que** se fazem valer pelo uso da força. b) Com relação a teoria da norma, a teoria imperativista, **de acordo com a qual** a norma jurídica é um comando; c) Com relação às fontes **do Direito, a** supremacia da lei sobre as demais fontes; d) Com relação ao ordenamento jurídico, a ele é atribuído o caráter de completude e, por consequência, de ausência de antinomias; e e) **Em relação ao** método da ciência jurídica, a consideração da atividade do jurista como essencialmente lógica (BOBBIO, 2015).

Por fim, ainda segundo Bobbio (2015), como ideologia, o positivismo jurídico representa a crença em certos valores. Esses valores atribuem ao Direito existente

um valor positivo independente de qualquer Direito ideal. Isso ocorre de duas maneiras: a) O Direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, ou seja, como emanção de uma vontade dominante, é justo no sentido **de que o** critério para avaliar a sua justiça seria exatamente o mesmo que seria usado para julgar sua validade ou invalidade; e b) o Direito positivo serve, **por sua própria** existência e independente de qualquer valor moral, à consecução de certos fins desejáveis, como a ordem, a paz e de modo geral à justiça legal. Desses dois valores, segue-se que, para a ideologia positivista, a norma jurídica deve ser obedecida de per si (BOBBIO, 2015).

? Por mais estruturado que fosse o pensamento positivista, ele enfrentou sérias críticas, sobretudo no decorrer do século 20. Decisões extremamente apartadas de qualquer noção de justiça como as que atravessaram todo o regime fascista e nazista não poderiam mais ser aceitas pela sociedade (BICALHO et al, 2011). Nesse contexto histórico dramático, se abriu um ambiente propício para renovação dentro do pensamento jurídico, e é neste contexto que surge o pós-positivismo ou o não positivismo (BICALHO et al, 2011). Segundo Bicalho e Fernandes (2011) a crise do pensamento positivista pode ser explicitada em duas razões centrais: a) a pluralidade das sociedades pós-modernas, que acabaram evidenciando a limitação da noção de completude do sistema positivo codificado; e b) pela dificuldade apresentada pela concepção positivista quando **da necessidade de** mitigar **a aplicação de** normas positivas, **quando for o caso de ser** flagrante que as soluções por elas apresentadas no momento da aplicação forem absurdas ou desproporcionais (**como no caso do** sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista) (BICALHO et al, 2011).

6

? O pós-positivismo conta como adeptos autores como Alexy, Dworkin, Bonavides e Barroso, dentre outros (BICALHO et al, 2011). Apesar desses autores possuírem entre si discordâncias dentro de suas perspectivas teóricas, um fio comum entre eles pode ser apontado como: a relativização da separação entre Direito e Moral, **bem como a** admissão de critérios materiais **para a validade das** normas. Uma vez que uma crítica central ao positivismo jurídico é **a falta de** critérios valorativos para **a aplicação das normas**, o pós-positivismo trabalha no sentido de conferir bases axiológicas, ou seja valorativas, **para a sua** aplicação, principalmente **a partir do** Direito Constitucional (BICALHO et al, 2011).

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO

? Diante deste contexto de mudança teórica, o Direito considerado enquanto

sistema de normas foi expressivamente afetado em seus ramos, sobretudo em dois dos mais fundamentais deles : o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil. A mudança que se estabeleceu como decorrência dos fenômenos analisados no tópico acima no âmbito do Direito Constitucional **é o que se** denomina neoconstitucionalismo, que representa um novo paradigma dentro do Direito Constitucional. As alterações mais importantes que este novo paradigma apresenta, segundo Cambi (2008), podem ser sistematizadas em três aspectos distintos. O primeiro desses aspectos é o histórico e já foi delineado em suas linhas centrais no tópico anterior. Cumpre apenas destacar como marco legislativo a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, isto é a Grundgesetz, a Constituição alemã. Outras constituições também se compõem como marco da mudança para o paradigma neoconstitucionalista, quais sejam, as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978). No caso brasileiro, **a Constituição Federal** de 1988 sofre forte influência desses marcos legislativos, sobretudo por se caracterizar historicamente como passagem de um regime autoritário para um democrático, lançando as bases para um Estado Democrático de Direito no Brasil. Segundo Cambi (2008), apesar de a Constituição brasileira ter sofrido diversas reformas constitucionais ao longo do tempo, ela logrou criar uma cultura jurídica de valorização de um sentimento constitucional. Após sua promulgação, diversos episódios de instabilidade política, próprios da história recente do Brasil,

7

encontraram nela soluções, criticáveis **ou não, de** manutenção da estabilidade democrática. O segundo aspecto da alteração é o filosófico e também foi delineado em linhas gerais no tópico anterior, qual seja, a passagem para a tendência pós-positivista. Cumpre apenas destacar o papel dos princípios, que para essa nova matriz teórica, deixam de ter aplicação meramente secundária, isto é, de ter a função de apenas colmatar lacunas e passam agora a ter relevância jurídica na confirmação judicial de direitos (CAMBI, 2008).

Além dos aspectos históricos e filosóficos, o neoconstitucionalismo representa também expressivamente mudanças de natureza teórica. **De acordo com** Cambi (2008), seguindo a linha do pensamento do professor e ministro Luís Roberto Barroso, as mudanças teórica trazidas pelo novo paradigma podem ser divididas em três vertentes: **a) o reconhecimento de** força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Segundo **o autor, ao** afirmar que as normas constitucionais têm força normativa, com isso estamos reconhecendo que a Constituição não é apenas uma carta política mas tem conteúdo jurídico imperativo. Isto é, **a partir do momento em que se** reconhece a Constituição como lei, seus

princípios e regras devem ter normatividade, regulando condutas e produzindo expectativas de comportamentos. Essa é uma concepção nova de Constituição, uma vez que se contrapõe a visão clássica, onde a carta constitucional era encarada apenas como declaração política, programa de futuro ou também mera exortação moral (CAMBI, 2008).

Neste contexto, a positividade da norma constitucional é sobretudo a vinculação positiva do legislador a ela, **bem como de todos os** órgãos concretizadores do Estado, seja o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário, que devem encarar a Constituição como diretivas materiais permanentes. Por fim, ela passa a funcionar como limites materiais negativos para o poder público em geral, passando a ser considerados inconstitucionais **os atos que** sejam contrários a ela (CAMBI, 2008).

Uma consequência dessa expansão da normatividade constitucional é a expansão da jurisdição constitucional. Ela se reflete na realidade do Direito brasileiro em especial pelo **controle de constitucionalidade**, havendo agora uma ampliação considerável deste mecanismo. A Constituição de 1988 acabou ampliando o controle

8

abstrato de constitucionalidade, alargando os legitimados ativos para propor as ações que o compõem e, também, criando outros instrumentos de jurisdição constitucional como por exemplo a Ação Direta de Constitucionalidade (CAMBI, 2008).

Por fim, a última vertente elencada por Cambi (2008) que expressa a mudança representada pelo neoconstitucionalismo em seu aspecto teórico, é o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Aqui se trata sobretudo da constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais (CAMBI, 2008).

Para o autor, houve uma mudança do centro gravitacional hermenêutico, ou seja interpretativo, dos códigos para a constituição. Essa nova orientação interpretativa não rompeu completamente com os clássicos métodos de interpretação jurídica, os tradicionais métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico: antes a nova dogmática de interpretação constitucional trazida pelo neoconstitucionalismo informa o intérprete que lançar mão dos métodos tradicionais, da teoria dos princípios, em prevalência sobre a teoria das regras. Segundo Cambi (2008), **de acordo com a** teoria das regras, prevalece a dicotomia validez-invalidéz, ou seja, diante de uma antinomia, o intérprete lançaria mão de critérios tradicionais como *lex superior derogat inferior*, *lex specialis derogat generalis* e *lex posterior derogat priori*. Mas, de maneira mais significativa para o autor, a característica fundamental que a teoria das regras conferire à hermenêutica jurídica é a de tudo ou

nada. Agora, com a primazia da teoria dos princípios, torna-se possível um ajuste às pretensões sociais legítimas, permitindo-se, por exemplo, solucionar-se colisões entre direitos fundamentais (CAMBI, 2008).

Particularmente, dessa mudança na interpretação jurídica, na qual existe, agora, um forte relevo e evidência da Constituição para o intérprete do Direito na aplicação, uma consequência direta se apresenta a outro ramo do Direito além do Direito Constitucional: o Direito Processual Civil. Entretanto, **para que se** possa compreender as mudanças apresentadas neste ramo como consequência dos fenômenos discutidos até então, é necessário analisar suas etapas de desenvolvimento.

As etapas de evolução do Direito Processo Civil são sobretudo metodológicas, podendo ser divididas em quatro fases (LOURENÇO, 2011). As

9

fases são: a) praxismo ou fase sincretista; b) processualismo ou fase do autonomismo; c) instrumentalismo; e por fim d) neoprocessualismo ou formalismo valorativo ou formalismo ético (LOURENÇO, 2011).

Em um primeiro momento, na fase do praxismo, **o que se** dava era a completa confusão entre o direito material e o direito processual. Nesta fase o Direito Processual não era autônomo, tendo pouca fundamentação teórica e científica construída pelos juristas. Entretanto, estudos de juristas alemães no século 19 sobre **a natureza da** ação e do processo contribuíram para a superação dessa etapa metodológica (LOURENÇO, 2011).

Superada essa etapa, surge a fase do processualismo, com a perspectiva de autonomia do processo. Agora ele começa a ser estudado mais profundamente e suas bases são lançadas cientificamente, em separado **do direito material**. Segundo Lourenço (2011), é nesta etapa, pela preocupação dos juristas em conferir autonomia ao processo **em relação ao** direito material, que surge o formalismo exagerado, ou seja, estudar **o processo em** si, sem a preocupação de que esse estudo possa fazer alguma referência imediata à realidade.

Interessante reflexão sobre o formalismo foi delineada por Oliveira (2006).

Refletindo sobre o formalismo processual, **o autor o** caracteriza, em sentido amplo, como a totalidade formal do processo, considerando especialmente a delimitação dos poderes. Forma, para esse autor, significa começo e fim, circunscrição de material a ser formado, estabelecimento de limites **de ação e** cooperação dos agentes dentro do processo (OLIVEIRA, 2006). O formalismo, para ele, visa controlar, sobretudo, eventuais excessos **que as partes** possam cometer, conferindo ordem ao procedimento. Segundo **o autor, o** formalismo se constitui enquanto elemento não só de efetividade como de segurança do processo. Entretanto, com o

passar do tempo, o pensamento formalista sofreu desgaste e passou a ser um formalismo excessivo.

O problema, segundo ele, é que esse poder organizador do formalismo, **em vez de** concorrer para **a realização do** litígio acabe resultando em uma aniquilação do próprio direito ou em um retardamento irrazoável do processo (OLIVEIRA, 2006). Neste caso o formalismo acaba obstando que o instrumento atinja sua finalidade, a que sugere o autor que o jurista lance mão de uma atitude mais aberta, entretanto sem desprezar o formalismo, considerando que **no caso do** sistema brasileiro, este

10

possui meios suficientes **para a solução, que,** segundo ele, tem **a forma de** uma antinomia entre justiça e formalismo.

No terceiro momento de evolução metodológica, a fase do instrumentalismo, o processo passa a ser considerado como instrumento **do direito material**. Essa postura metodológica **do Direito Processual**, aparece agora como forma de corrigir os excessos formalistas da etapa metodológica anterior, que foi encarada como excessivamente técnica. Agora o processo não é visto como um fim em si mesmo, tendo surgido nesta etapa as ideias de promoção de maior **acesso à justiça**. Essa fase é, portanto, mais crítica (LOURENÇO, 2011).

Por fim, em sua última etapa de desenvolvimento metodológico, surge o neoprocessualismo ou formalismo valorativo, ou ainda formalismo ético. Nesta fase é onde o instrumentalismo interage com as mudanças de paradigma que ocorreram no Direito Constitucional. Oliveira (2014), ao refletir sobre essa última mudança no pensamento processual, chega mesmo a afirmar **que se o processo** não pode mais ser compreendido como mera técnica e sim como instrumento **de realização de** valores, em especial, valores constitucionais, podemos considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Lourenço (2011), sintetizando os pontos centrais da passagem ao paradigma neoprocessualista no Direito Processual Civil, os elenca como uma série de substituições: a) princípios no lugar de regras, ou pelo menos mais princípios do que regras); b) ponderação no lugar de subsunção, ou pelo menos, mais ponderação do que subsunção); c) justiça particular **em vez de** justiça geral, ou ainda, mais análise individual e concreta que geral e abstrata; d) Poder Judiciário **em vez de** Poder Executivo ou Legislativo, ou mais **Poder Judiciário e** menos Poder Legislativo ou Executivo; e) Constituição no lugar **da lei, ou,** maior e mais direta aplicação da Constituição no lugar da lei.

Para os fins do presente artigo, a compreensão da mudança que a passagem ao paradigma neoprocessualista ocasiona, se analisará de modo mais detido o ponto central elencado acima no item ?b? pelo autor, a prevalência da ponderação

sobre a subsunção. Para tal se estabelecerá tanto o lugar da técnica de ponderação de normas no **Código de Processo Civil**, quanto a sua definição na doutrina.

11

4 NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS

O **Código de Processo Civil** de 2015 é um marco da passagem ao neoprocessualismo nos termos acima delineados (VAUGHN et al, 2016). Já em seu primeiro artigo, ele consagra a interpretação constitucionalizada **de todos os** dispositivos nele contidos, reconhecendo em seu âmbito a força normativa da constituição (VAUGHN et al, 2016). Como ficou claro na discussão dos tópicos anteriores, é precisamente a presença mais forte do Direito Constitucional no Direito Processual Civil a característica central do paradigma neoprocessualista. Neste mesmo sentido, uma mudança significativa com o advento do Novo **Código de Processo Civil** de 2015 foi no âmbito **do dever de fundamentação das decisões judiciais**, consagrado no art. 489 do referido diploma (VAUGHN et al, 2016). O artigo 489 estabelece que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

- I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;**
- II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;**
- III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.**

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;**
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;**
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;**
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;**
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;**
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em**

juízo ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL, 2015)

Esse dispositivo específico tem por inspiração direta o artigo 93, IX, da Constituição Federal, e determina certos critérios de qualidade a serem preenchidos para que a decisão possa ser considerada fundamentada. A razão de ser da

12

importância conferida à fundamentação é a defesa do jurisdicionado em relação aos eventuais julgamentos arbitrários que ele possa ser submetido (VAUGHN et al, 2016).

Entretanto, sendo objeto de estudo do presente artigo mais especificadamente a ponderação de normas, o dispositivo central a ser analisado é o parágrafo segundo do artigo 489. O parágrafo em questão possui a seguinte redação:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 2015)

Para que se possa compreender o artigo em questão, é necessário examinar o conceito de ponderação de normas na doutrina, tarefa que encontra na obra de Ávila (2018) uma contribuição notável.

Segundo o autor, normas jurídicas podem ser compreendidas como o resultado final da interpretação. A interpretação propriamente dita tem como objeto imediato os dispositivos jurídicos (ÁVILA, 2018). É possível, por exemplo, haver normas sem que haja um dispositivo específico e determinado a ela diretamente vinculados. Por exemplo, no caso do princípio da segurança jurídica. O autor, após reconstruir de maneira crítica a história da conceituação das espécies normativas por parte da doutrina, desenvolve a sua própria definição a respeito delas. Segundo ele:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja

aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios **que lhes são** axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2018, p. 102)

Ou seja, para ele, regras são normas descritivas, retrospectivas que tem como função ser parâmetro para decisão e serem abrangentes, tendo, na aplicação, **a necessidade de** se avaliar a correspondência entre **os fatos e** ela. Já os princípios são normas voltadas para um fim, tendo como função primordial ser uma orientação prática.

13

Existe, entretanto, além dos princípios e das regras, uma outra espécie de norma de fundamental importância: os postulados normativos. **Essa espécie de** norma é imediatamente metódica. Elas instituem critérios de aplicação para outras normas, que, essas sim, se situam no plano **do objeto da** aplicação (ÁVILA, 2018). Um desses postulados normativos é precisamente a ponderação. Segundo Ávila, a ponderação de bens consistiria em um:

Método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência **a pontos de** vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação **de bens, de** valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para **a aplicação do Direito**. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios (ÁVILA, 2018, p. 185).

Salienta também o autor que é importante separar e apreciar a sutileza dos elementos envolvidos na ponderação, quando da sua aplicação, quais sejam: a) os bens jurídicos; b) os interesses; c) os valores; por fim, d) os princípios. Os bens jurídicos seriam situações, estados ou propriedade essenciais particulares da promoção dos princípios jurídicos. Os interesses são os próprios bens jurídicos enquanto vinculados a algum sujeito que os procura obter. Já os valores são o aspecto axiológico, ou seja, valorativo, das normas, indicando **o que é bom, isto é, o que é** digno de ser buscado ou preservado. Por fim os princípios propriamente ditos,

são, para o autor, o aspecto deontológico dos valores, que além de demonstrar que algo deve ser buscado, determinam que este algo deve também ser promovido (ÁVILA, 2018).

Em relação às etapas da ponderação, isto é, as etapas da aplicação dessa espécie de norma, o mesmo autor a divide em três: a) preparação da ponderação (Abwägungsvorbereitung, em alemão, idioma no qual o conceito se originou); b) realização da ponderação (Abwägung); e, por fim, c) reconstrução da ponderação (Rekonstruktion der Abwägung). A primeira etapa, a da preparação da ponderação, é onde se analisam todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível. Na segunda etapa, a da realização da ponderação, o intérprete que aplica a ponderação vai fundamentar a relação estabelecida entre os objetos de sopesamento.

No caso da ponderação, nessa etapa deve ser indicado a relação da primazia de um objeto ponderado sobre o outro. Por fim, na reconstrução da

14

ponderação, se formam regras de relação, inclusive de primazia de um objeto sobre o outro, com pretensão de validade para além do caso (ÁVILA, 2018). Por fim, o autor destaca que os critérios de ponderação podem ser vários, devendo, entretanto, ter o intérprete que vai aplicar essa espécie normativa, a maior atenção aos princípios constitucionais e, também, as regras de argumentação que podem ser construídas a partir deles.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a ponderação de normas aparece no Código de Processo Civil no § 2.º do art. 489 do CPC. Segundo Arenhart, Marinoni e Mitidiero, o Código de 2015 apresenta ao todo três postulados normativos ou seja, como visto acima, tipos de normas que têm como objeto a aplicação de outras normas: proporcionalidade, razoabilidade e ponderação (Arenhart et al, 2015). A proporcionalidade é o postulado normativo que visa estruturar a aplicação de duas normas que mantêm entre si relação de meio e fim. Já a razoabilidade, é o segundo postulado constante no Código de Processo Civil, e tem três acepções básicas, razoabilidade como equidade, congruência e como equivalência; por fim, a ponderação de normas seria, no Código, o postulado normativo que visa atribuir peso a elementos que se entrelaçam. Cada um desses postulados existe para solucionar determinados problemas específicos, tendo cada um deles sua própria estrutura de aplicação, bem como sua particular exigência aplicativa quando for necessária a sua aplicação em cada caso concreto (Arenhart, 2015).

Ocorre que dentre as diversas maneiras que as normas podem se relacionar entre si, no caso do §2 do art. 489 do CPC, a hipótese apresentada é a de que diferentes finalidades normativas apontam para soluções diversas ou mesmo

opostas, quando for necessário aplicar todas elas: **é o que o Código** chama de **?colisão de normas?**. Segundo os mesmos autores, quando o Código fala de ponderação, pode ser **o caso de** emprego do método de proporcionalidade, por exemplo. Caso seja hipótese de lançar mão do postulado da ponderação particularmente no **caso, o juiz deve ?justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão?**. Entretanto, caso seja hipótese de emprego da proporcionalidade, deve o magistrado explicitar a relação entre meio e fim bem como justificar argumentativamente a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da decisão. Ainda **de acordo com a** lição dos

15

autores, o emprego genérico de postulados normativos, sem qualquer ligação com suas funções previamente estabelecidas pelo código e aquilo que é autorizado judicialmente para cada caso concreto, constitui violação ao dever fundamental de fundamentação analítica (ARENHART et al, 2020).

5 NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: **O CASO DO RECURSO ESPECIAL** 1.765.579-SP

Examinando a posição da ponderação de normas **no Código de Processo Civil, bem como sua** conceituação na doutrina, passa-se agora ao **exame de um caso em que** essa técnica foi aplicada em um caso concreto, a saber, **no recurso especial 1.765.579-SP**. O estudo de **caso do recurso** em questão possibilitará a compreensão de como a ponderação de normas, técnica normativa que, como ficou claro nos tópicos anteriores, acabou ganhando destaque na passagem ao paradigma neoprocessualista, acontece na prática.

? **O recurso especial 1.765.579-SP** foi interposto pela Sociedade Beneficente Muçulmana impugnando acórdão **do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Em suas razões, a parte alegava a violação dos seguintes dispositivos (acrescidos das suas respectivas teses):

- a) **art. 1.022 do Código de Processo Civil** de 2015 - apontando a omissão **do acórdão recorrido** quanto aos motivos para priorizar **o direito à** liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa; e
- b) **art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015** - alegando **que o Tribunal de origem** não justificou **os critérios gerais da ponderação** de princípios conforme determina a nova legislação processual, isto é, **enunciando as razões que** autorizavam **a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que**

fundamentaram a conclusão. ([Superior Tribunal de Justiça](#), 2017, online)

? A ação de origem é de natureza indenizatória e foi ajuizada pela Sociedade Beneficente Muçulmana contra a Google Brasil Internet Ltda. O objetivo era a remoção de vídeo disponível na plataforma YouTube da música ?Passinho do Romano?, sob a alegação de que tal conteúdo ofendesse a religião islâmica em virtude do uso indevido de passagens do Alcorão. De acordo com a parte autora, o videoclipe veiculado pela empresa ré, bem como a respectiva canção do gênero funk que o acompanha, utilizaram trechos remixados do Alcorão, livro considerado

16

sagrado para religião muçulmana, que, segundo a parte autora, somente poderiam ser recitados dentro de um contexto próprio da liturgia da religião em questão.

? O juízo de primeiro grau declarou improcedente a demanda, ressaltando que sendo a ré mera provedora de hospedagem do conteúdo, não possuiria dever de monitoramento e fiscalização permanente do sistema, de modo que ela não poderia ser responsabilizada pelos vídeos inseridos na plataforma YouTube por terceiros usuários. Mediante a ponderação dos princípios da liberdade de expressão e da liberdade religiosa, a sentença concluiu pela ausência de ilicitude pela razão de que a obra em si mesma considerada não possuiria elemento discriminatório (o assim chamado hate speech) sendo, antes, manifestação da cultura popular, tutelada constitucionalmente pelo direito à liberdade de expressão ([Superior Tribunal de Justiça](#), 2017, online).

? Tal entendimento foi corroborado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao negar a apelação da parte autora. No acórdão, a Corte estadual analisando os fatos e as provas, bem como o teor das mídias impugnadas, asseverou que "a canção sequer menciona ou faz alusão, positiva ou negativa, ao islamismo e seus seguidores", e a respeito da alegação da parte autora de que a mera incorporação à canção de trechos do Alcorão por si só configuraria ilicitude, salientou que: a inserção de trecho do Alcorão na música e nos vídeos pode ser conduta rechaçada pela religião islâmica e um desrespeito aos preceitos subjetivos dos muçulmanos, mas não é um desrespeito à liberdade de crença religiosa ou ao sentimento religioso, nem ato que rompe os limites do exercício da liberdade artística.

Aliás, como os direitos fundamentais se estendem a todos, a insatisfação da comunidade religiosa pode se manifestar no próprio campo do exercício da liberdade de expressão, sobretudo por meio da crítica, o que é inerente ao jogo democrático de uma sociedade plural.

A insatisfação não constituirá razão suficiente, porém, para provocar a tutela

jurisdicional do Estado e materializar um mecanismo de censura (**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, 2016, online)

? Ademais, segundo o entendimento da corte paulista, não se poderia proibir a **reprodução de** conteúdo de um livro religioso com fundamentos em dogmas erigidos pela própria obra, pois isso seria o mesmo que permitir que uma regra religiosa que vincula àqueles **que a ela** pertencem pudesse ser dotada de eficácia abstrata a todos indiscriminadamente (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online). Inconformada, a parte autora opôs embargos declaratórios alegando existência de omissão e obscuridade no acórdão. Segundo ela, **o Tribunal se** negou a analisar o real teor **de suas alegações**, quais sejam: a tese **de que a** violação à liberdade

17

religiosa decorreria da simples utilização dos trechos sagrados em vão, fora do contexto da liturgia (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online). Sendo os aclaratórios rejeitados pela corte, houve ensejo a um **recurso extraordinário e** ao recurso especial, objeto do presente tópico.

? **No Recurso Especial a** recorrente alega mais uma vez a nulidade do acórdão, com base na violação do arts. 1.022 do CPC/2015 e do 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. Em síntese, suas teses são:

- (i) a suposta omissão quanto aos motivos para priorizar **o direito à** liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa, **e**
- (ii) a não explicitação dos **critérios gerais da ponderação** de princípios efetuada, conforme **disposto no § 2º do art. 489 do CPC/2015**. (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online)

? A corte então apresentou sua argumentação em dois pontos: no primeiro, sobre **a ausência de violação do art. 1.022 do CPC/2015**; no segundo, sobre a motivação **das decisões judiciais** e da técnica de ponderação no CPC/2015 (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016). **A respeito do** primeiro, a corte reforça o entendimento da instância inferior, sustentando **que o Tribunal** indicou adequadamente **os motivos que** formaram o seu convencimento, não se vislumbrando nem omissão, nem contradição, obscuridade ou erro material **para efeito do que dispõe o art. 1.022 do CPC/2015**.

No segundo ponto, a argumentação vai se centrar **na hipótese de** ponderação de normas, ancorada **no art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015**. A recorrente afirma no recurso **que o Tribunal** não explicitou os critérios nem as razões adotadas para conferir primazia à liberdade de expressão artística sobre a inviolabilidade de liturgia religiosa, princípios fundamentais assegurados nos incisos IX e VI **do art. 5º da**

Constituição Federal de 1988, respectivamente (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online).

Antes de adentrar na análise dos debates constantes **na decisão da corte**, cumpre tecer uma análise mais detida acerca do Artigo 489. Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a motivação da sentença tem por finalidade imediata demonstrar ao próprio magistrado a lógica jurídica que legitima a decisão, mostrando à parte sucumbente que ela não é fruto da sorte e do acaso, antes decorrendo da lei (NERY, 2018).

A falta ou deficiência na fundamentação gera nulidade, conforme o artigo 93, IX, **da Constituição Federal**. **Em relação ao** §2 do artigo, os autores defendem que

18

se restrinja **o uso da** ponderação às normas constitucionais, como os princípios e direitos fundamentais, argumento levantado por eles que também será usado pelo Tribunal no contexto da discussão **do Recurso Especial e** será mais detalhadamente examinado abaixo. Quanto à interpretação da decisão judicial, os autores pontuam que ela **deve ser interpretada levando em consideração todos os seus** componentes em conjunto, devendo ser considerados como um todo orgânico. Ainda pontuam **o dever de** atitude de boa fé na interpretação **da sentença, não** devendo-se pautar ela pela distorção **do que foi** dito pelo juiz (NERY, 2018).

Prosseguindo agora para a análise do debate levantado na decisão **pelo Tribunal**, a corte, analisando detidamente o significado da demanda, afirma que: De certa forma, pode-se considerar que o objetivo derradeiro da norma é dar concretude ao que determina o art. 93, inciso IX, **da Constituição Federal**, garantindo meios **para que a** interpretação corresponda à entrega de uma prestação jurisdicional efetiva (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online)

? **A que a sentença** avalia que a norma em questão, a saber, § 2º **do art. 489 do Código de Processo Civil** de 2015, suscitou controvérsias no meio doutrinário, em especial pela imprecisão da expressão "**colisão entre normas**", **bem como a** incorporação no sistema brasileiro da complexa teoria da ponderação desenvolvida por Robert Alexy (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online).

Aferindo a doutrina, o Tribunal referencia uma série de autores que examinaram o referido artigo. Os autores em questão são: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery; Georges Abboud e Júlio César Rossi; Fredie Didier; e Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues.

Segundo a lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a ponderação ali prevista deveria se limitar somente a direitos fundamentais e a

princípios constitucionais. **De acordo com** eles:

"(...) A nosso ver, existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode **ser resolvida por esse meio**. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada **para a solução** dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, **que não se** resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica ? as quais ainda são aplicáveis às normas **em geral**. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido **de que se refere** às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais." (NERY, 2018, p. 1164)

Pelo trecho usado na decisão, pode-se concluir que os autores em questão são mais conservadores **em relação à** técnica de ponderação. Eles avaliam que a

19

existência dessa técnica surgiu **com a finalidade de** superar dificuldades na **aplicação de normas que** são do Direito Constitucional, como os direitos fundamentais e princípios constitucionais. Para eles, a utilidade da ponderação se restringe a situações em que, na aplicação dessas normas, forem insuficientes as regras da hermenêutica jurídica tradicional. Os autores defendem **a posição de que não** é adequada a interpretação de que qualquer antinomia pode **ser resolvida por** ponderação de normas.

? **O Tribunal em** seguida, mobiliza outros autores na análise, Georges Abboud e Júlio César Rossi, **para os quais o dispositivo em** questão seria inconstitucional: Há incompatibilidade substancial entre o que preceitua o artigo 489, § 2º, **do Código de Processo Civil** e o que determina nossa tradição em fundamentar toda **a decisão judicial** e administrativa, colocando em colapso a recém (e ainda mal compreendida) estrutura do próprio Código, notadamente ao negar vigência aos artigos 10, 11, 489, § 1º, 926 e 927.

A ponderação de regras - genuíno caso brasileiro - limita-se a uma decisão subjetiva do aplicador na medida em que escolheria de forma ad hoc, diante de um caso (**ou de uma** tese, como querem os vanguardistas), o qual das regras seria afastada em face desse sopesamento. Mais precisamente, ao ponderar regras, torna-se possível ao julgador afastar determinada prescrição legislativa sem realizar o **controle de constitucionalidade** da lei. Esse afastamento, **sem a intermediação** do controle difuso de constitucionalidade, é impensável em uma democracia. Daí a inconstitucionalidade do § 2º, ele é um paradoxo porque **se trata de** dispositivo legal que pode dar vazão a uma **aplicação do direito** nos padrões

da escola de direito livre, criticada desde P Heck (ABBOUD et al. 2017, p. 135)

Os autores aqui discutidos pela corte acreditam que a ponderação de normas contidas no § 2º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 seria inconstitucional. Segundo eles, ao afastar uma norma em favor de outra, se estaria abrindo espaço para a subjetividade do juiz na decisão uma vez que esse afastamento seria feito de modo ad hoc, ou seja, de caso em caso. Além disso, segundo eles, ao afastar uma regra, sem antes passar pelo crivo do controle difuso de constitucionalidade, se estaria agindo de modo inconstitucional. Pelo trecho usado pelo Tribunal, pode-se inferir que os autores consideram o instituto da ponderação no Código de Processo Civil algo perigoso e que faria referência à escola de direito livre, que segundo eles, já tem sido criticada na doutrina há muito tempo.

Já para outro autor elencado na decisão, Fredie Didier, o dispositivo em questão deve apenas orientar como o julgador deve agir e determinar o conteúdo mínimo da decisão em hipótese de conflito normativo. Segundo ele:

20

O primeiro passo é saber se se trata de conflito entre regras ou entre princípios.

Segundo Alexy, para solucionar um conflito entre regras é necessário que uma das regras integre uma hipótese de exceção à outra, ou então que uma delas seja invalidada e expurgada do ordenamento, em nome da subsistência da outra, verificando-se, pois, se a regra está dentro (como exceção) ou fora (por invalidação) do ordenamento. Dessa forma, constatada a contradição entre 'juízos concretos de dever-ser', se ela não pode ser sanada com a inserção de uma 'cláusula de exceção' em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada.

Essa não é, contudo, a solução para a colisão entre princípios. Nesses casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado. Na verdade, em uma 'dimensão de pesos' (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro - caso em que o conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento.(DIDIER, 2018, p. 373-374)

? Neste caso, o autor destaca que o primeiro passo na hipótese de conflito de normas é estabelecer se se trata de conflito entre regras ou entre princípios, dois

tipos básicos de norma, como se demonstrou no tópico acima. Para ele, seguindo a linha do pensamento de Robert Alexy, em **se tratando de** conflito de regras, caso não se possa sanar a contradição entre elas, uma exclui **a outra em caso de** conflito, sendo uma válida e outra inválida. **De modo diferente** ocorre quando há conflito entre os princípios, onde **o que se** leva em consideração é o **?peso?** **de cada um deles**, devendo o aplicador verificar na situação prática **do caso concreto** qual pesa mais **que o outro**, devendo este ter preferência sobre o outro.

? E ainda, segundo a doutrina do autor citado pela corte, aprofundando a discussão, refletindo sobre a distinção entre princípios e regras, afirma ser partidário da tese **de que a** ponderação **também pode ser** usada **na hipótese de** eventual conflito de regras:

As regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias; às regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão de ponderação.

Nas suas palavras, 'a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório **que poderá ser** ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador

O importante é que, **qualquer que seja a** técnica utilizada para superar o conflito normativo, ela exige do juiz uma justificação. Não basta dizer, por exemplo, que uma regra constitui exceção do que diz a outra, ou que, no caso concreto, um determinado princípio deve prevalecer sobre outro (DIDIER, 2018, p. 374-375)

21

? Segundo o autor, portanto, é **o caso de** utilizar **a técnica de** ponderação também as regras. Por fim, ele declara que **em todas as hipóteses** que for preciso usar a ponderação de normas, deve o juiz justificar ela, sendo este ponto muito importante.

Em seguida, na decisão, o Tribunal menciona a doutrina de Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues, que é voltada a reconstruir os debates legislativos travados na ocasião da confecção do diploma processual. **A respeito do § 2º do art. 489 do CPC/2015**, a corte ressalta a conclusão dos autores sobre alguns pontos:

Primeiro ponto: por trás da redação do dispositivo que incluiu a previsão de

colisão e ponderação de normas no novo **Código de Processo Civil**, sempre esteve presente - e de maneira inequívoca - a preocupação com a adequada exposição das **razões que justificam** as decisões jurídicas, especialmente daquelas que se fundamentam em conceitos indeterminados princípios e demais elementos que poderiam ocultar decisões subjetivas. Segundo ponto: em nenhum momento foi proposta uma redação que indicasse uma sugestão ou determinação do uso da ponderação como elemento de fundamentação de decisão. Os termos 'colisão' e 'ponderação' foram incluídos no novo Código pelo reconhecimento de que eles já constituem argumentos usados para fundamentar decisões questionáveis. Quinto ponto: não houve preocupação quanto à definição qualitativa e/ou formal da norma passível de colisão e, por conseguinte, que enseja ponderação. Em tese, da redação do enunciado podem derivar confusões de diversas ordens.

Sexto ponto: não se viu na elaboração do novo Código qualquer preocupação quanto à definição de algo como um método oficial de ponderação. O único pressuposto da ponderação é a colisão de normas. Por conseguinte, não há espaço para controle de doutrinalidade das decisões: atendidos os requisitos impostos pelo art. 489, uma decisão **não pode ser** considerada inválida por não ter seguido a fórmula de ponderação do X ou Y.

Sétimo ponto: mesmo assim, não é qualquer **caso de colisão de normas que** habilita **o uso da** ponderação para fundamentar uma sentença. Os critérios **de resolução de** antinomia apresentados **na Lei de** Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por exemplo, não foram revogados pelo novo Código. Lei posterior continua revogando a anterior, a lei especial continua revogando a geral, etc. (MEIRA, 2015, p. 79-80).

? Os autores levantam alguns pontos **a respeito da** técnica de ponderação de normas, **a que a decisão do Superior Tribunal de Justiça** seleciona cinco: a) a discussão que permeou a redação do artigo teve sempre a preocupação com a fundamentação **da decisão que** tivesse que empregar **a técnica de** ponderação; b) **no âmbito da** discussão da redação do artigo, a ponderação não foi usada em nenhum momento como elemento de fundamentação da decisão, antes os termos ?colisão? e ?ponderação? foram adotados pelo reconhecimento de que eles já vêm sendo usados como argumentos para fundamentar decisões controversas; c) não

que acabou gerando discussões e controvérsias; d) não houve, na elaboração do Código, a preocupação em determinar claramente um método oficial de ponderação, sendo dificultado o controle pela doutrina da aplicação da técnica; e) não é qualquer caso que autoriza o uso da ponderação para fundamentar a sentença automaticamente, sendo importante salientar que ainda há a vigência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que também tem métodos de resolução de antinomias.

Feito esse apanhado doutrinário, a corte constata um estado paradoxal de coisas: a ausência de critério claro de como e em quais casos deve ser usada a ponderação terminou por produzir receios de que o dispositivo em questão, que teve por finalidade diminuir a discricionariedade, acabou abrindo espaço para insegurança jurídica, dando abertura para que em sua aplicação surgissem decisões evitadas de aspectos subjetivos e alheios ao direito positivo (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online).

? Feita essas considerações, a corte lança mão da interpretação sistemática, à luz dos objetivos que orientam o Código de Processo Civil: o aprimoramento de técnicas processuais com a finalidade de alcançar maior efetividade na prestação jurisdicional e à orientação no sentido de criar uma jurisprudência íntegra, estável e coerente (Superior Tribunal de Justiça, 2017).

Neste sentido a corte fixa os seguintes entendimentos sobre o tema:

- a) o § 2º do art. 489 do CPC/2015 estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade da decisão judicial, sem revogar outros critérios de resolução de antinomias, tais como os apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;
- b) apenas se configura a nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador;
- c) o exame da validade/nulidade da decisão que aplicar a técnica da ponderação deve considerar o disposto nos arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015, segundo os quais a decisão judicial constitui um todo unitário a ser interpretado a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite;
- d) em recurso especial, a pretensão de revisão do mérito da ponderação efetuada pelo Tribunal de origem pressupõe que se trate de matéria

23

infraconstitucional, **além da indicação**, nas razões recursais, das normas conflitantes e das teses que embasam a sustentada violação/negativa **de vigência da** legislação federal;

e) tratando-se de decisão fundamentada eminentemente na ponderação entre normas ou princípios constitucionais, não cabe ao STJ apreciar **a correção do** entendimento firmado **pelo Tribunal de origem, sob pena de** usurpação **de competência do Supremo Tribunal Federal.** (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

Ou seja, a tese fixada pela corte determina **como critério de** nulidade por violação **do § 2º do art. 489 do CPC/2015 quando não for possível** verificar, nos **fundamentos da decisão**, o motivo pelo qual a ponderação foi necessária no caso concreto e como se estruturou o juízo valorativo do aplicador. **A respeito da validade da decisão que** aplicar **a técnica de** ponderação, o Tribunal afirma **que devem ser** levados em consideração os dispostos no artigo 282 e 489, §3, **do Código de Processo Civil**, segundo a **qual a decisão deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos, em conformidade com o princípio da boa-fé**, ponto este que foi examinado acima na discussão sobre o artigo 489 **a partir da** doutrina de Nery (2018), não havendo nulidade **quando não se** verificar prejuízo **à parte que o alega, ou quando o** mérito puder ser decidido **a favor da parte que** possa se aproveitar da **nulidade.**

Quanto ao caso concreto, a corte atesta que a sua solução não é trivial **no âmbito da** hermenêutica constitucional, sendo antes considerada verdadeiramente **o que se** convencionou a chamar de hard case (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). O dispositivo da decisão consta como:

Ante o exposto, conheço parcialmente **do recurso especial** apenas quanto **ao pedido de decretação da nulidade do acórdão recorrido** e, nessa extensão, nego-lhe provimento. Na origem, os honorários sucumbenciais foram fixados, por equidade, em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) ficando majorados para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com **correção monetária a partir da publicação do** presente acórdão, **a serem pagos em favor da parte** recorrida, **nos termos do art. 85, §§ 8º e 11, do CPC/2015.** É o voto. (Superior Tribunal de Justiça, 2017)

Deste modo, a corte decide no sentido de **não acolher a** pretensão da parte autora, não vislumbrando nulidade do acórdão, que é considerado pelo Tribunal como tendo motivação racional. Esse entendimento leva **em consideração o** fato de acórdão recorrido ter, segundo a corte, enfrentado **todas as questões** relevantes

necessárias à solução da controvérsia e também ter apresentado de forma clara o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada por meio da exposição das razões fáticas e também jurídicas que fundamentaram o seu convencimento pela

24

prevalência da liberdade de expressão (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Portanto, restou decidido o caso concreto pela adequação da decisão da instância inferior quanto à aplicação da ponderação de normas, afastando-se a tese da parte recorrente a respeito de sua alegada inadequação.

O Tribunal também fixa entendimento do que deve ser considerado adequado quando da aplicação do instituto da ponderação de normas, para eventuais casos futuros. O próprio Superior Tribunal de Justiça, classifica o caso como um hard case, demonstrando a complexidade que a ponderação pode apresentar em cada caso concreto, que, entretanto, teve uma solução para essa complexidade dada pela corte, a partir do estabelecimento de uma diretriz firmada por ela quando for necessária a avaliação da adequação do instituto no contexto da sua aplicação nos casos concretos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

? O presente artigo teve por objeto a compreensão da mudança ocorrida no Direito Processual Civil, quando o paradigma neoprocessualista se tornou dominante. Para tal, se examinou a técnica de ponderação de normas, que, como foi explicitado, constitui uma técnica que acabou ganhando mais relevo no processo civil quando da passagem para o paradigma neoprocessualista, podendo ser considerada uma técnica representativa dele.

Para compreender esse novo paradigma processual, a partir do método de pesquisa documental se examinou suas origens na história e na filosofia, a partir de uma mudança mais geral no Direito, da dominância da perspectiva positivista para a perspectiva pós-positivista, ocasionada no século 20. Também foi relacionado o neoprocessualismo com o novo paradigma do Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo.

Pontuada a importância que a ponderação de normas passa a ter neste contexto, se analisou o lugar desta técnica normativa no Novo Código de Processo Civil, momento em que também foi analisado o seu conceito por parte da doutrina. Essa discussão pôde ser melhor contextualizada quando foi examinado a sua aplicação na prática a partir da análise do Recurso Especial 1.765.579-SP, onde, no âmbito do caso concreto, a corte, na decisão, examinou a natureza da ponderação de princípios no Novo Código de Processo Civil, fixando teses de sua aplicação. A ponderação de normas constante no artigo 489 do CPC se revelou ter

25

aplicação complexa, podendo ocasionar o que o Tribunal chamou de hard case. Entretanto, no caso concreto objeto de estudo, a corte decidiu a questão, fixando também teses gerais sobre nulidade por violação do §2 do artigo 489 e sobre a ponderação de normas.

?

REFERÊNCIAS

26

ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da Ponderação à Brasileira. São Paulo: Revista de Processo, vol. 269/2017, p. 109-138, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil - vol. II. 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios - 18 ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2018.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 48, n. 189, jan/mar. 2011.

BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico. Trad. Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. DOU, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. DOU, **Brasília, 17 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, número vol.17, dez, 2008.

DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3 - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, vol. 14, n. 56, p. 74 - 107, out-dez, 2011.

MEIRA, Danilo Christiano Antunes e RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Colisão e ponderação de normas na elaboração do novo **Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 246. São Paulo: Ed. RT, 2015.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao **Código de Processo Civil**. 3 ed. -São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista da Faculdade **de Direito da UFRGS**, vol. 26, 2006.

27

_____. **O Processo Civil** na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, vol. 2, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.765.579 - SP (2017/0295361-7), Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>>;. Acesso em: 21 mai. 2025

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível nº 1024271-28.2015.8.26.0100, Relator Viviani Nicolau, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Processos>>;. Acesso em: 21 mai. 2025.

VAUGHN, Gustavo Favero; VEIGA, Natália Salva. Reflexões sobre a técnica da ponderação no Novo **Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol.971, set, 2016

=====

Arquivo 1: [TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf](#) (8146 termos)

Arquivo 2: www.passeidireto.com/arquivo/129404974/aula-especial-em-coisas-ulgadas-hondos-rev
(18493 termos)

Termos comuns: 503

Índice de similaridade antigo: 1,92%

Novo índice de similaridade: 6,17%

Índice de agrupamento: Alto

O texto abaixo é o conteúdo do documento **Arquivo 1**. Os termos em vermelho foram encontrados no documento **Arquivo 2**. Id da comparação: eff87e4d883aa06x206

=====

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Salvador
2025



DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Artigo apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade Católica do
Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador
2025

2

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO

RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco1
Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho2

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo compreender o neoprocessualismo sob o prisma da aplicação da técnica de ponderação de normas. Em um primeiro momento se situa a compreensão do paradigma neoprocessualista em seu contexto histórico e teórico mais amplo, relacionando o seu surgimento com acontecimentos da história recente e com uma mudança mais ampla de paradigma filosófico dentro do Direito, representada pela passagem do paradigma positivista para o pós-positivista. Em seguida, se analisa a relação do neoprocessualismo com o neoconstitucionalismo, novo paradigma do Direito Constitucional. Na sequência, se estuda a ponderação de normas propriamente dita, situando a técnica dentro do Novo Código de Processo Civil, bem como sua formulação conceitual na doutrina. Por fim, se examina o Recurso Especial 1.765.579-SP como estudo de caso, visando contextualizar a discussão em um caso concreto. O presente estudo foi construído tomando como método a pesquisa documental, mobilizando, além do julgado em questão, livros e artigos de autores que tem o mesmo tema como objeto.

Palavras-chave: Neoprocessualismo. Ponderação de Normas. Novo CPC.
Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. 3. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO. 4. NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS. 5. NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: O CASO DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, não apenas como apenas sistema de normas mas sobretudo enquanto fenômeno teórico, passou por profundas transformações. Catastróficos acontecimentos do século 20, em especial a Segunda Guerra Mundial, motivaram o pensamento jurídico a reformular o seu paradigma filosófico, ou seja, seus aspectos teóricos mais amplos e fundamentais. Uma vez que que muitos daqueles

2 Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodium, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador ? UCSAL, Professor de Direito da Universidade Católica do Salvador. E- mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.

1 Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: danilo.pacheco@ucsal.edu.br

acontecimentos ocorreram sob a perfeita adequação ao Direito vigente à época, fez-se necessário pensar e construir um novo paradigma para o pensamento jurídico, com vistas a impedir que catástrofes como aquelas voltassem a ocorrer. Sendo o paradigma dominante naquele momento de crise o positivismo jurídico, surgiu como sua contraposição o pós-positivismo jurídico. A principal mudança que este novo paradigma apresentou foi a **relativização da** distinção entre Direito e Moral, admitindo-se, nesta perspectiva, critérios materiais de validade das normas. Essa mudança de orientação teórica influenciou tanto o Direito Constitucional como o **Direito Processual Civil**. No Direito Constitucional, como correspondente do pós-positivismo neste ramo, surge o neoconstitucionalismo, tendo por característica central o caráter normativo da constituição bem como a vinculação dos direitos fundamentais **a todos os** ramos do direito. Isso em forte contraste com a concepção positivista de constituição, que atribuía a esta um caráter meramente formal. Já **no âmbito do Direito Processual Civil**, o pensamento consequente ao pós-positivismo é o neoprocessualismo que tem por principal característica o maior relevo dos princípios e dos valores **dentro do processo**. Central no neoprocessualismo é a busca por **acesso à justiça**, bem como a mitigação dos excessos formalistas do paradigma anterior.

Uma mudança que se sobressai no **Direito Processual Civil** quando da passagem para o paradigma neoprocessualista é o maior relevo **da técnica de** ponderação de normas sobre a técnica de subsunção. A subsunção é a tradicional aplicação da norma certa aos fatos, já a ponderação, no Direito Brasileiro, aparece **no Código de Processo Civil** no artigo art. 489, § 2, no contexto da sentença, onde, havendo hipótese de colisão de **normas, o juiz deverá justificar o objeto e critérios gerais da ponderação efetuada**, explicitando as razões de afastamento **de uma das normas e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão**.

Para cumprir tal objetivo, será usado como estudo de caso a análise do REsp 1.765.579 - SP, onde a ponderação de normas é aplicada e também discutida em decisão pelo **Superior Tribunal de Justiça**. A pergunta central do artigo é: como é exercida a ponderação de normas na prática, técnica representativa do novo paradigma neoprocessualista?

4

Neste sentido, o objetivo deste trabalho é compreender essas mudanças teóricas **que o Direito** passa, em especial no **Direito Processual Civil**. Para tal, se investigará especialmente a técnica de ponderação de normas, **uma vez que** a mudança para uma maior relevância **da técnica de** ponderação sobre a subsunção

constitui-se como uma das mais significativas que ocorreram quando da passagem ao novo paradigma, o neoprocessualismo. O presente trabalho busca, portanto, através do método de pesquisa documental e revisão bibliográfica, compreender como essas mudanças teóricas se manifestam **no âmbito do Direito Processual Civil**.

2 NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

? **A necessidade de** se pensar um novo paradigma para o pensamento jurídico remonta ao século 20. Uma vez tendo-se derrotado os regimes totalitários no continente europeu, se constatou indispensável a tarefa da criação de uma nova estrutura teórica para **o Direito que** estabelecesse, por um lado, direitos e garantias individuais que protegessem o cidadão de eventuais abusos pelo Estado ou quaisquer outras formas de poder **e, por outro**, mecanismos de controle da Constituição, ocasionando a criação da assim chamada jurisdição constitucional (CAMBI, 2008). É importante, entretanto, que inicialmente se compreenda as características do paradigma anterior ao que seria contraposto posteriormente em resposta a essa crise: O positivismo jurídico. Segundo Bobbio (2015), o positivismo pode ser compreendido tanto como modo de aproximar-se do Direito, tanto como uma teoria ou concepção do mesmo ou ainda como uma ideologia de justiça (BOBBIO, 2015).

Como modo de se aproximar **do Direito**, o positivismo jurídico seria marcado pela clara distinção entre Direito real e Direito ideal. Seria justamente pela ênfase no Direito real em contraposição ao ideal que ele se caracterizaria. Essa ênfase conferiria ao positivismo jurídico um caráter que poderia ser chamado de científico (BOBBIO, 2015).

Já como teoria **do Direito**, o positivismo jurídico se caracteriza por acentuar fortemente a ligação do Direito com o Estado, **ou seja**, o positivismo seria uma teoria estatalista do Direito. Ainda **de acordo com** Bobbio (2015), isso confere à teoria positivista algumas consequências: a) Com relação à **definição do Direito**, a teoria

5

da coatividade, que o define como sistema **de normas que** se fazem valer pelo uso da força. b) Com relação **a teoria da norma**, a teoria imperativista, **de acordo com** a qual a norma jurídica é um comando; c) Com relação às fontes do Direito, a supremacia da lei sobre as demais fontes; d) **Com relação ao ordenamento jurídico**, a ele é atribuído o caráter de completude e, por consequência, de ausência de antinomias; e e) **Em relação ao método da ciência jurídica**, a consideração da atividade do jurista como essencialmente lógica (BOBBIO, 2015).

Por fim, ainda segundo Bobbio (2015), como ideologia, o positivismo jurídico

representa a crença em certos valores. Esses valores atribuem ao Direito existente um valor positivo independente de qualquer Direito ideal. Isso ocorre de duas maneiras: a) O Direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, ou seja, como emanção de uma vontade dominante, é **justo no sentido de que** o critério para avaliar a sua justiça seria exatamente **o mesmo que** seria usado para julgar sua validade ou invalidade; e b) o Direito positivo serve, por sua própria existência e independente de qualquer valor moral, à consecução de certos fins desejáveis, como a ordem, a paz e de modo geral à justiça legal. Desses dois valores, segue-se que, para a ideologia positivista, a norma jurídica deve ser obedecida de per si (BOBBIO, 2015).

? Por mais estruturado que fosse o pensamento positivista, ele enfrentou sérias críticas, sobretudo no decorrer do século 20. Decisões extremamente apartadas de qualquer noção de justiça como as que atravessaram todo o regime fascista e nazista não poderiam mais ser aceitas pela sociedade (BICALHO et al, 2011). Nesse contexto histórico dramático, se abriu um ambiente propício para renovação dentro do pensamento jurídico, e é neste contexto que surge o pós-positivismo ou o não positivismo (BICALHO et al, 2011). Segundo Bicalho e Fernandes (2011) a crise do pensamento positivista pode ser explicitada em duas razões centrais: a) a pluralidade das sociedades pós-modernas, que acabaram evidenciando a limitação da noção de completude do sistema positivo codificado; e b) pela dificuldade apresentada pela concepção positivista quando **da necessidade de** mitigar a aplicação de normas positivas, quando **for o caso de** ser flagrante que as soluções por elas apresentadas **no momento da** aplicação forem absurdas ou desproporcionais (**como no caso do** sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista) (BICALHO et al, 2011).

6

? O pós-positivismo conta como adeptos autores como Alexy, Dworkin, Bonavides e Barroso, dentre outros (BICALHO et al, 2011). Apesar desses autores possuírem entre si discordâncias dentro de suas perspectivas teóricas, um fio comum entre eles pode ser apontado como: **a relativização da** separação entre Direito e Moral, bem como a admissão de critérios materiais para a validade das normas. **Uma vez que** uma crítica central ao positivismo jurídico é a falta de critérios valorativos para a aplicação das normas, o pós-positivismo trabalha **no sentido de** conferir bases axiológicas, ou seja valorativas, para a sua aplicação, principalmente **a partir do** Direito Constitucional (BICALHO et al, 2011).

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO

? Diante deste contexto de mudança teórica, o Direito considerado enquanto sistema de normas foi expressivamente afetado em seus ramos, sobretudo em dois dos mais fundamentais deles : o Direito Constitucional e o **Direito Processual Civil**. A mudança que se estabeleceu como decorrência dos fenômenos analisados no tópico acima **no âmbito do** Direito Constitucional **é o que se** denomina neoconstitucionalismo, que representa um novo paradigma dentro do Direito Constitucional. As alterações mais importantes que este novo paradigma apresenta, segundo Cambi (2008), podem ser sistematizadas em três aspectos distintos. O primeiro desses aspectos é o histórico e já foi delineado em suas linhas centrais no tópico anterior. Cumpre apenas destacar como marco legislativo a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, isto é a Grundgesetz, a Constituição alemã. Outras constituições também se compõem como marco da mudança para o paradigma neoconstitucionalista, quais sejam, as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978). No caso brasileiro, **a Constituição Federal** de 1988 sofre forte influência desses marcos legislativos, sobretudo por se caracterizar historicamente como passagem de um regime autoritário para um democrático, lançando as bases para um **Estado Democrático de Direito no Brasil**. Segundo Cambi (2008), apesar de a Constituição brasileira ter sofrido diversas reformas constitucionais ao longo do tempo, ela logrou criar uma cultura jurídica de valorização de um sentimento constitucional. Após sua promulgação, diversos episódios de instabilidade política, próprios da história recente do Brasil,

7

encontraram nela soluções, criticáveis ou não, de manutenção da estabilidade democrática. O segundo aspecto da alteração é o filosófico e também foi delineado em linhas gerais no tópico anterior, **qual seja, a** passagem para a tendência pós-positivista. Cumpre apenas destacar o papel dos princípios, que para essa nova matriz teórica, deixam de ter aplicação meramente secundária, isto é, de ter a função de apenas colmatar lacunas e passam agora a ter relevância jurídica na confirmação judicial de direitos (CAMBI, 2008).

Além dos aspectos históricos e filosóficos, o neoconstitucionalismo representa também expressivamente mudanças de natureza teórica. **De acordo com** Cambi (2008), seguindo a linha do pensamento do professor e ministro Luís Roberto Barroso, as mudanças teórica trazidas pelo novo paradigma podem ser divididas em três vertentes: **a) o reconhecimento** de força normativa à Constituição; **b) a** expansão da jurisdição constitucional; **c) o** desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Segundo **o autor, ao** afirmar que as normas constitucionais têm força normativa, com isso estamos reconhecendo que a Constituição não é apenas uma carta política mas tem conteúdo jurídico imperativo.

Isto é, **a partir do momento em que se reconhece** a Constituição como lei, seus **princípios e regras** devem ter normatividade, regulando condutas e produzindo expectativas de comportamentos. Essa é uma concepção nova de Constituição, **uma vez que** se contrapõe a visão clássica, onde a carta constitucional era encarada apenas como declaração política, programa de futuro ou também mera exortação moral (CAMBI, 2008).

Neste contexto, a positividade da norma constitucional é sobretudo a vinculação positiva do legislador a ela, bem como **de todos os** órgãos concretizadores do Estado, seja o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário, que devem encarar a Constituição como diretivas materiais permanentes. Por fim, ela passa a funcionar como limites materiais negativos para o poder público em geral, passando a ser considerados inconstitucionais os atos que sejam contrários a ela (CAMBI, 2008).

Uma consequência dessa expansão da normatividade constitucional é a expansão da jurisdição constitucional. Ela se reflete na realidade do Direito brasileiro em especial pelo **controle de constitucionalidade**, havendo agora uma ampliação considerável deste mecanismo. A Constituição de 1988 acabou ampliando o controle

8

abstrato de constitucionalidade, alargando os legitimados ativos para propor as ações que o compõem e, também, criando outros instrumentos de jurisdição constitucional **como por exemplo** a Ação Direta de Constitucionalidade (CAMBI, 2008).

Por fim, a última vertente elencada por Cambi (2008) que expressa a mudança representada pelo neoconstitucionalismo **em seu aspecto** teórico, é o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Aqui se trata sobretudo da constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais (CAMBI, 2008).

Para o autor, houve uma mudança do centro gravitacional hermenêutico, ou seja interpretativo, dos códigos para a constituição. Essa nova orientação interpretativa não rompeu completamente com os clássicos métodos de interpretação jurídica, os tradicionais métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico: antes a nova dogmática de interpretação constitucional trazida pelo neoconstitucionalismo informa o intérprete que lançar mão dos métodos tradicionais, da teoria dos princípios, em prevalência sobre a teoria das regras. Segundo Cambi (2008), **de acordo com** a teoria das regras, prevalece a dicotomia validez-invalidéz, ou seja, **diante de uma** antinomia, o intérprete lançaria mão de critérios tradicionais como *lex superior derogat inferior*, *lex specialis derogat generalis* e *lex posterior derogat priori*. Mas, de maneira mais significativa para o autor, a característica

fundamental que a teoria das regras conferire à hermenêutica jurídica **é a de** tudo ou nada. Agora, com a primazia da teoria dos princípios, torna-se possível um ajuste às pretensões sociais legítimas, permitindo-se, por exemplo, solucionar-se colisões entre direitos fundamentais (CAMBI, 2008).

Particularmente, dessa mudança na interpretação jurídica, na qual existe, agora, um forte relevo e evidência da Constituição para o intérprete do Direito na aplicação, uma consequência direta se apresenta a outro ramo do Direito além do Direito Constitucional: o **Direito Processual Civil**. Entretanto, para que se possa compreender as mudanças apresentadas neste ramo como consequência dos fenômenos discutidos até então, é necessário analisar suas etapas de desenvolvimento.

As etapas de evolução do Direito Processo Civil são sobretudo metodológicas, podendo ser divididas em quatro fases (LOURENÇO, 2011). As

9

fases são: a) praxismo ou fase sincretista; b) processualismo ou fase do autonomismo; c) instrumentalismo; e por fim d) neoprocessualismo ou formalismo valorativo ou formalismo ético (LOURENÇO, 2011).

Em um primeiro momento, na fase do praxismo, **o que se** dava era a completa confusão entre **o direito material** e o direito processual. Nesta fase o Direito Processual não era autônomo, tendo pouca fundamentação teórica e científica construída pelos juristas. Entretanto, estudos de juristas alemães no século 19 sobre a natureza **da ação e** do processo contribuíram para a superação dessa etapa metodológica (LOURENÇO, 2011).

Superada essa etapa, surge a fase do processualismo, com a perspectiva de autonomia do processo. Agora ele começa a ser estudado mais profundamente e suas bases são lançadas cientificamente, em separado **do direito material**. Segundo Lourenço (2011), é nesta etapa, pela preocupação dos juristas em conferir autonomia ao processo **em relação ao direito material**, **que** surge o formalismo exagerado, ou seja, estudar o processo em si, sem a preocupação **de que esse** estudo possa fazer alguma referência imediata à realidade.

Interessante reflexão sobre o formalismo foi delineada por Oliveira (2006).

Refletindo sobre o formalismo processual, o autor o caracteriza, em **sentido amplo**, **como** a totalidade formal do processo, considerando especialmente a delimitação dos poderes. Forma, para esse autor, significa começo e fim, circunscrição de material a ser formado, estabelecimento de limites de ação e cooperação dos agentes **dentro do processo** (OLIVEIRA, 2006). O formalismo, para ele, visa controlar, sobretudo, eventuais excessos **que as partes** possam cometer, conferindo ordem ao procedimento. Segundo o autor, o formalismo se constitui enquanto

elemento não só de efetividade como de segurança do processo. Entretanto, com o passar do tempo, o pensamento formalista sofreu desgaste e passou a ser um formalismo excessivo.

O problema, segundo ele, é que esse poder organizador do formalismo, em vez de concorrer **para a realização do** litígio acabe resultando em uma aniquilação do próprio direito ou em um retardamento irrazoável do processo (OLIVEIRA, 2006). **Neste caso o** formalismo acaba obstando que o instrumento atinja sua finalidade, a que sugere o autor que o jurista lance mão de uma atitude mais aberta, entretanto sem desprezar o formalismo, considerando que **no caso do** sistema brasileiro, este

10

possui meios suficientes para a solução, que, segundo ele, tem a forma de uma antinomia entre justiça e formalismo.

No terceiro momento de evolução metodológica, a fase do instrumentalismo, o processo **passa a ser** considerado como instrumento **do direito material**. Essa postura metodológica **do Direito Processual**, aparece agora **como forma de** corrigir os excessos formalistas da etapa metodológica anterior, que foi encarada como excessivamente técnica. Agora o processo não é visto como um fim em si mesmo, tendo surgido nesta etapa as ideias de promoção de maior **acesso à justiça**. Essa fase é, portanto, mais crítica (LOURENÇO, 2011).

Por fim, em sua última etapa de desenvolvimento metodológico, surge o neoprocessualismo ou formalismo valorativo, ou ainda formalismo ético. Nesta fase é onde o instrumentalismo interage com as mudanças de paradigma que ocorreram no Direito Constitucional. Oliveira (2014), ao refletir sobre essa última mudança no pensamento processual, chega mesmo a afirmar que se o processo **não pode mais** ser compreendido como mera técnica e sim como instrumento de realização de valores, em especial, valores constitucionais, podemos considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Lourenço (2011), sintetizando os pontos centrais da passagem ao paradigma neoprocessualista no **Direito Processual Civil**, os elenca como uma série de substituições: a) princípios **no lugar de** regras, ou pelo menos mais princípios do que regras); b) ponderação **no lugar de** subsunção, ou pelo menos, mais ponderação do que subsunção); c) justiça particular em vez de justiça geral, ou ainda, mais análise **individual e concreta que geral e abstrata**; d) Poder Judiciário em vez de Poder Executivo ou Legislativo, ou mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo ou Executivo; e) Constituição no lugar **da lei, ou**, maior e mais direta aplicação da Constituição no lugar da lei.

Para os fins do presente artigo, a compreensão da mudança que a passagem ao paradigma neoprocessualista ocasiona, se analisará de modo mais detido o

ponto central elencado acima no item ?b? pelo autor, a prevalência da ponderação sobre a subsunção. Para tal se estabelecerá tanto o lugar da técnica de ponderação de normas no Código de Processo Civil, quanto a sua definição na doutrina.

11

4 NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS

O Código de Processo Civil de 2015 é um marco da passagem ao neoprocessualismo nos termos acima delineados (VAUGHN et al, 2016). Já em seu primeiro artigo, ele consagra a interpretação constitucionalizada de todos os dispositivos nele contidos, reconhecendo em seu âmbito a força normativa da constituição (VAUGHN et al, 2016). Como ficou claro na discussão dos tópicos anteriores, é precisamente a presença mais forte do Direito Constitucional no Direito Processual Civil a característica central do paradigma neoprocessualista.

Neste mesmo sentido, uma mudança significativa com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015 foi no âmbito do dever de fundamentação das decisões judiciais, consagrado no art. 489 do referido diploma (VAUGHN et al, 2016). O artigo 489 estabelece que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

- I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
- II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente

invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL, 2015)

Esse dispositivo específico tem por inspiração direta o artigo 93, IX, da **Constituição Federal**, e determina certos critérios de qualidade a serem preenchidos para que a decisão possa ser considerada fundamentada. A razão de ser da

12

importância conferida à fundamentação é a defesa do jurisdicionado em relação aos eventuais julgamentos arbitrários que ele possa ser submetido (VAUGHN et al, 2016).

Entretanto, sendo objeto de estudo do presente artigo mais especificadamente a ponderação de normas, o dispositivo central a ser analisado é o parágrafo segundo do artigo 489. O parágrafo em questão possui a seguinte redação:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 2015)

Para que se possa compreender o artigo em questão, é necessário examinar o conceito de ponderação de normas na doutrina, tarefa que encontra na obra de Ávila (2018) uma contribuição notável.

Segundo o autor, normas jurídicas podem ser compreendidas como o resultado final da interpretação. A interpretação propriamente dita tem como objeto imediato os dispositivos jurídicos (ÁVILA, 2018). É possível, por exemplo, haver normas sem que haja um dispositivo específico e determinado a ela diretamente vinculados. Por exemplo, no caso do princípio da segurança jurídica. O autor, após reconstruir de maneira crítica a história da conceituação das espécies normativas por parte da doutrina, desenvolve a sua própria definição a respeito delas. Segundo ele:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente

retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2018, p. 102)

Ou seja, para ele, regras são normas descritivas, retrospectivas que tem como função ser parâmetro para decisão e serem abrangentes, tendo, na aplicação, a necessidade de se avaliar a correspondência entre os fatos e ela. Já os princípios são normas voltadas para um fim, tendo como função primordial ser uma orientação prática.

13

Existe, entretanto, além dos princípios e das regras, uma outra espécie de norma de fundamental importância: os postulados normativos. Essa espécie de norma é imediatamente metódica. Elas instituem critérios de aplicação para outras normas, que, essas sim, se situam no plano do objeto da aplicação (ÁVILA, 2018). Um desses postulados normativos é precisamente a ponderação. Segundo Ávila, a ponderação de bens consistiria em um:

Método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios (ÁVILA, 2018, p. 185).

Salienta também o autor que é importante separar e apreciar a sutileza dos elementos envolvidos na ponderação, quando da sua aplicação, quais sejam: a) os bens jurídicos; b) os interesses; c) os valores; por fim, d) os princípios. Os bens jurídicos seriam situações, estados ou propriedade essenciais particulares da promoção dos princípios jurídicos. Os interesses são os próprios bens jurídicos enquanto vinculados a algum sujeito que os procura obter. Já os valores são o aspecto axiológico, ou seja, valorativo, das normas, indicando o que é bom, isto é, o

que é digno de ser buscado ou preservado. Por fim os princípios propriamente ditos, são, para o autor, o aspecto deontológico dos valores, que além de demonstrar que algo deve ser buscado, determinam que este algo deve também ser promovido (ÁVILA, 2018).

Em relação às etapas da ponderação, isto é, as etapas da aplicação dessa espécie de norma, o mesmo autor a divide em três: a) preparação da ponderação (Abwägungsvorbereitung, em alemão, idioma no qual o conceito se originou); b) realização da ponderação (Abwägung); e, por fim, c) reconstrução da ponderação (Rekonstruktion der Abwägung). A primeira etapa, a da preparação da ponderação, é onde se analisam todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível. Na segunda etapa, a da realização da ponderação, o intérprete que aplica a ponderação vai fundamentar a relação estabelecida entre os objetos de sopesamento.

No caso da ponderação, nessa etapa deve ser indicado a relação da primazia de um objeto ponderado sobre o outro. Por fim, na reconstrução da

14

ponderação, se formam regras de relação, inclusive de primazia de um objeto sobre o outro, com pretensão de validade para além do caso (ÁVILA, 2018). Por fim, o autor destaca que os critérios de ponderação podem ser vários, devendo, entretanto, ter o intérprete que vai aplicar essa espécie normativa, a maior atenção aos princípios constitucionais e, também, **as regras de argumentação que podem ser** construídas a partir deles.

Dentro **do ordenamento jurídico** brasileiro, a ponderação de normas aparece **no Código de Processo Civil no § 2.º do art. 489 do CPC**. Segundo Arenhart, Marinoni e Mitidiero, **o Código de 2015** apresenta ao todo três postulados normativos ou seja, como visto acima, tipos **de normas que** têm como objeto a aplicação de outras normas: proporcionalidade, razoabilidade e ponderação (Arenhart et al, 2015). A proporcionalidade é o postulado normativo que visa estruturar a aplicação de duas normas que mantêm entre si relação de meio e fim. Já a razoabilidade, é o segundo postulado constante **no Código de Processo Civil**, e tem três acepções básicas, razoabilidade como equidade, congruência e como equivalência; por fim, a ponderação de normas seria, no Código, o postulado normativo que visa atribuir peso a elementos que se entrelaçam. Cada um desses postulados existe para solucionar determinados problemas específicos, tendo cada um deles sua própria estrutura de aplicação, bem como sua particular exigência aplicativa quando for necessária a sua aplicação em cada caso concreto (Arenhart, 2015).

Ocorre que dentre as diversas maneiras que as normas podem se relacionar entre si, **no caso do §2 do art. 489 do CPC**, a hipótese apresentada **é a de que**

diferentes finalidades normativas apontam para soluções diversas ou mesmo opostas, quando for necessário aplicar todas elas: **é o que o** Código chama de ?colisão de normas?. Segundo os mesmos autores, quando o Código fala de ponderação, pode ser **o caso de** emprego do método de proporcionalidade, por exemplo. Caso seja hipótese de lançar mão do postulado da ponderação particularmente no caso, **o juiz deve ?justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão?**. Entretanto, caso seja hipótese de emprego da proporcionalidade, **deve o magistrado** explicitar **a relação entre** meio e fim bem como justificar argumentativamente a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da decisão. Ainda **de acordo com** a lição dos

15

autores, o emprego genérico de postulados normativos, sem qualquer ligação com suas funções previamente estabelecidas pelo código e aquilo que é autorizado judicialmente para cada caso concreto, constitui violação ao dever fundamental de fundamentação analítica (ARENHART et al, 2020).

5 NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: O CASO DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Examinando **a posição da ponderação de** normas **no Código de Processo Civil**, bem como sua conceituação na doutrina, passa-se agora ao exame de um caso em que essa técnica foi aplicada em um caso concreto, a saber, **no recurso especial** 1.765.579-SP. O estudo de caso do recurso em questão possibilitará a compreensão de como a ponderação de normas, técnica normativa que, como ficou claro nos tópicos anteriores, acabou ganhando destaque na passagem ao paradigma neoprocessualista, acontece na prática.

? O recurso especial 1.765.579-SP foi interposto pela Sociedade Beneficente Muçulmana impugnando acórdão **do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Em suas razões, a parte alegava a violação dos seguintes dispositivos (acrescidos das suas respectivas teses):

- a) **art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015** - apontando a omissão do acórdão recorrido quanto aos motivos para priorizar **o direito à** liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa; e
- b) **art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015** - alegando **que o Tribunal de origem não** justificou **os critérios gerais da ponderação de** princípios conforme determina a **nova legislação processual**, isto é, **enunciando as razões que**

autorizavam **a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentaram a conclusão.** (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online)

? A ação de origem é de natureza indenizatória e foi ajuizada pela Sociedade Beneficente Muçulmana contra a Google Brasil Internet Ltda. O objetivo era a remoção de vídeo disponível na plataforma YouTube da música ?Passinho do Romano?, sob **a alegação de que tal** conteúdo ofendesse a religião islâmica **em virtude do** uso indevido de passagens do Alcorão. **De acordo com a parte autora**, o videoclipe veiculado pela empresa ré, bem como a respectiva canção do gênero funk que o acompanha, utilizaram trechos remixados do Alcorão, livro considerado

16

sagrado para religião muçulmana, que, segundo **a parte autora**, somente poderiam ser recitados dentro de um contexto próprio da liturgia da religião em questão.

? O juízo de primeiro grau declarou improcedente a demanda, ressaltando que sendo a ré mera provedora de hospedagem do conteúdo, não possuiria dever de monitoramento e fiscalização permanente **do sistema**, de modo que ela não poderia ser responsabilizada pelos vídeos inseridos na plataforma YouTube por terceiros usuários. Mediante **a ponderação dos princípios da** liberdade de expressão e da liberdade religiosa, a sentença concluiu pela ausência de ilicitude pela razão **de que a obra em si mesma considerada não possuiria elemento discriminatório** (o assim chamado hate speech) sendo, antes, manifestação da cultura popular, tutelada constitucionalmente pelo direito à liberdade de expressão (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online).

? Tal entendimento foi corroborado **pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** ao negar a apelação da parte autora. No acórdão, a Corte estadual analisando os fatos e as provas, **bem como o** teor das mídias impugnadas, asseverou que "a canção sequer menciona ou faz alusão, positiva ou negativa, ao islamismo e seus seguidores", e **a respeito da alegação da parte autora de que a** mera incorporação à canção de trechos do Alcorão **por si só** configuraria ilicitude, salientou que: a inserção de trecho do Alcorão na música e nos vídeos pode ser conduta rechaçada pela religião islâmica e um desrespeito aos preceitos subjetivos dos muçulmanos, mas não é um desrespeito à liberdade de crença religiosa ou ao sentimento religioso, nem ato que rompe **os limites do exercício da** liberdade artística.

Aliás, como **os direitos fundamentais** se estendem a todos, a insatisfação da comunidade religiosa pode se manifestar no próprio campo **do exercício da** liberdade de expressão, sobretudo **por meio da** crítica, **o que é** inerente ao jogo democrático de uma sociedade plural.

A insatisfação não constituirá razão suficiente, porém, para provocar a tutela jurisdicional do Estado e materializar um mecanismo de censura (**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, 2016, online)

? Ademais, segundo o entendimento da corte paulista, **não se poderia** proibir a reprodução de conteúdo de um livro religioso com fundamentos em dogmas erigidos pela própria obra, pois isso seria **o mesmo que** permitir que uma regra religiosa que vincula àqueles que a ela pertencem pudesse ser dotada de eficácia abstrata a todos indiscriminadamente (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online). Inconformada, **a parte autora** opôs embargos declaratórios alegando existência de omissão e obscuridade no acórdão. Segundo ela, o Tribunal se negou a analisar o real teor **de suas alegações**, quais sejam: **a tese de que a** violação à liberdade

17

religiosa decorreria da simples utilização dos trechos sagrados em vão, fora do contexto da liturgia (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online). Sendo os aclaratórios rejeitados pela corte, houve ensejo a um recurso extraordinário e ao recurso especial, objeto do presente tópico.

? **No Recurso Especial** a recorrente alega mais uma vez **a nulidade do** acórdão, **com base na** violação do arts. 1.022 do CPC/2015 e do 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. Em síntese, suas teses são:

(i) a suposta omissão quanto aos motivos para priorizar **o direito à** liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa, e

(ii) a não explicitação dos **critérios gerais da ponderação de** princípios efetuada, conforme disposto **no § 2º do art. 489 do CPC/2015**. (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online)

? A corte então apresentou sua argumentação em dois pontos: no primeiro, sobre **a ausência de** violação **do art. 1.022 do CPC/2015**; no segundo, sobre a motivação **das decisões judiciais e da técnica de** ponderação no CPC/2015 (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016). **A respeito do** primeiro, a corte reforça o entendimento da instância inferior, sustentando **que o Tribunal** indicou adequadamente os motivos que formaram o seu convencimento, não se vislumbrando nem omissão, nem **contradição, obscuridade ou erro material para** **feito do** que dispõe **o art. 1.022 do CPC/2015**.

No segundo ponto, a argumentação vai se centrar **na hipótese de** ponderação de normas, ancorada **no art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015**. **A recorrente afirma** no recurso **que o Tribunal** não explicitou os critérios nem as razões adotadas para conferir primazia à liberdade de expressão artística sobre a inviolabilidade de liturgia

religiosa, princípios fundamentais assegurados nos incisos IX e VI do art. 5º da **Constituição Federal** de 1988, respectivamente (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online).

Antes de adentrar na análise dos debates constantes na decisão da corte, cumpre tecer uma análise mais detida acerca do Artigo 489. Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, **a motivação da sentença** tem por finalidade imediata demonstrar ao próprio magistrado a lógica jurídica que legitima a decisão, mostrando à parte sucumbente que ela não é fruto da sorte e do acaso, antes decorrendo da lei (NERY, 2018).

A falta ou deficiência na fundamentação gera nulidade, conforme o artigo 93, **IX, da Constituição Federal**. **Em relação ao** §2 do artigo, os autores defendem que

18

se restrinja o uso da ponderação às normas constitucionais, como os princípios e direitos fundamentais, argumento levantado por eles que também será usado **pelo Tribunal no** contexto da discussão do Recurso Especial e será mais detalhadamente examinado abaixo. Quanto **à interpretação da decisão judicial**, os autores pontuam que ela **deve ser interpretada** levando em consideração **todos os seus** componentes em conjunto, devendo ser considerados **como um todo** orgânico. Ainda pontuam **o dever de** atitude de boa fé na **interpretação da sentença**, não devendo-se pautar ela pela distorção **do que foi** dito pelo juiz (NERY, 2018).

Prosseguindo agora para a análise do debate levantado na decisão pelo Tribunal, a corte, analisando detidamente o significado da demanda, afirma que: De certa forma, pode-se considerar que o objetivo derradeiro da norma é dar concretude ao que determina o art. 93, inciso **IX, da Constituição Federal**, garantindo meios **para que a** interpretação corresponda à entrega **de uma prestação** jurisdicional efetiva (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online)

? **A que a sentença** avalia **que a norma em** questão, a saber, § 2º do art. 489 do **Código de Processo Civil de** 2015, suscitou controvérsias no meio doutrinário, em especial pela imprecisão da expressão **"colisão entre normas"**, bem como a incorporação no sistema brasileiro da complexa teoria da ponderação desenvolvida por Robert Alexy (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online).

Aferindo a doutrina, o Tribunal referencia uma série de autores que examinaram o referido artigo. Os autores em questão são: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery; Georges Abboud e Júlio César Rossi; Fredie Didier; e Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues. Segundo **a lição de** Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a

ponderação ali prevista deveria se limitar somente a **direitos fundamentais e** a princípios constitucionais. **De acordo com** eles:

"(...) A nosso ver, existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a solução dos conflitos entre **direitos fundamentais e** entre princípios constitucionais, **que não se** resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica ? as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. **O dispositivo deve**, portanto, ser interpretado **no sentido de que se refere** às normas relacionadas a **direitos fundamentais e** princípios constitucionais." (NERY, 2018, p. 1164)

Pelo trecho usado na decisão, pode-se concluir que os autores em questão são mais conservadores **em relação à** técnica de ponderação. Eles avaliam que a

19

existência dessa técnica surgiu com a finalidade de superar dificuldades na aplicação **de normas que** são do Direito Constitucional, como **os direitos fundamentais e** princípios constitucionais. Para eles, a utilidade da ponderação se restringe a situações em que, na aplicação dessas normas, forem insuficientes as regras da hermenêutica jurídica tradicional. Os autores defendem a posição **de que não é** adequada a interpretação **de que qualquer** antinomia pode ser resolvida por ponderação de normas.

? O Tribunal em seguida, mobiliza outros autores na análise, Georges Abboud e Júlio César Rossi, para os quais **o dispositivo em** questão seria inconstitucional: Há incompatibilidade substancial entre o que preceitua **o artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil** e o que determina nossa tradição em fundamentar toda **a decisão judicial e** administrativa, colocando em colapso a recém (e ainda mal compreendida) estrutura do próprio Código, notadamente ao negar vigência aos artigos 10, 11, 489, § 1º, 926 e 927.

A ponderação de regras - genuíno caso brasileiro - limita-se a uma decisão subjetiva do aplicador **na medida em que** escolheria de forma ad hoc, diante de um caso (ou de uma tese, como querem os vanguardistas), o qual das regras seria afastada em face desse sopesamento. Mais precisamente, ao ponderar regras, torna-se possível ao julgador afastar determinada prescrição legislativa sem realizar o **controle de constitucionalidade** da lei. Esse afastamento, sem a intermediação do controle difuso de constitucionalidade, é impensável em uma democracia. Daí a inconstitucionalidade do § 2º, ele é um paradoxo porque **se trata de**

dispositivo legal que pode dar vazão a uma aplicação do direito nos padrões da escola de direito livre, criticada desde P Heck (ABBOUD et al. 2017, p. 135)

Os autores aqui discutidos pela corte acreditam que a ponderação de normas contidas no § 2º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 seria inconstitucional. Segundo eles, ao afastar uma norma em favor de outra, se estaria abrindo espaço para a subjetividade do juiz na decisão uma vez que esse afastamento seria feito de modo ad hoc, ou seja, de caso em caso. Além disso, segundo eles, ao afastar uma regra, sem antes passar pelo crivo do controle difuso de constitucionalidade, se estaria agindo de modo inconstitucional. Pelo trecho usado pelo Tribunal, pode-se inferir que os autores consideram o instituto da ponderação no Código de Processo Civil algo perigoso e que faria referência à escola de direito livre, que segundo eles, já tem sido criticada na doutrina há muito tempo.

Já para outro autor elencado na decisão, Fredie Didier, o dispositivo em questão deve apenas orientar como o julgador deve agir e determinar o conteúdo mínimo da decisão em hipótese de conflito normativo. Segundo ele:

20

O primeiro passo é saber se se trata de conflito entre regras ou entre princípios.

Segundo Alexy, para solucionar um conflito entre regras é necessário que uma das regras integre uma hipótese de exceção à outra, ou então que uma delas seja invalidada e expurgada do ordenamento, em nome da subsistência da outra, verificando-se, pois, se a regra está dentro (como exceção) ou fora (por invalidação) do ordenamento. Dessa forma, constatada a contradição entre 'juízos concretos de dever-ser', se ela não pode ser sanada com a inserção de uma 'cláusula de exceção' em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada.

Essa não é, contudo, a solução para a colisão entre princípios. Nesses casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado. Na verdade, em uma 'dimensão de pesos' (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro - caso em que o conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento. (DIDIER, 2018, p. 373-374)

? Neste caso, o autor destaca que o primeiro passo na hipótese de conflito de

normas é estabelecer se **se trata de** conflito entre regras ou entre princípios, dois tipos básicos de norma, como se demonstrou no tópico acima. Para ele, seguindo a linha do pensamento de Robert Alexy, **em se tratando de** conflito de regras, caso **não se possa** sanar a contradição entre elas, uma exclui a outra **em caso de** conflito, sendo uma válida e outra inválida. De modo diferente ocorre quando há conflito entre os princípios, onde **o que se** leva em consideração é o ?peso? de cada um deles, devendo o aplicador verificar na situação prática **do caso concreto** qual pesa mais que o outro, devendo este ter preferência sobre o outro.

? E ainda, segundo a doutrina do autor citado pela corte, aprofundando a discussão, refletindo sobre a distinção entre **princípios e regras**, afirma ser partidário da **tese de que a** ponderação **também pode ser** usada **na hipótese de** eventual conflito de regras:

As regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias; às regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão de ponderação.

Nas suas palavras, 'a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, **na medida em que** qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador

O importante é que, qualquer que seja a técnica utilizada para superar o conflito normativo, ela **exige do juiz** uma justificação. Não basta dizer, por exemplo, que uma regra constitui exceção do que diz a outra, ou que, **no caso concreto**, um determinado princípio deve prevalecer sobre outro (DIDIER, 2018, p. 374-375)

21

? Segundo o autor, portanto, **é o caso de** utilizar a técnica de ponderação também as regras. Por fim, ele declara que **em todas as hipóteses** que for preciso usar a ponderação de normas, deve o juiz justificar ela, sendo este ponto muito importante.

Em seguida, na decisão, o Tribunal menciona a doutrina de Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues, que é voltada a reconstruir os debates legislativos travados na ocasião da confecção do diploma processual. **A respeito do § 2º do art. 489 do CPC/2015**, a corte ressalta a conclusão dos autores sobre alguns pontos:

Primeiro ponto: por trás da redação do dispositivo que incluiu **a previsão de colisão** e ponderação de normas **no novo Código de Processo Civil**, sempre esteve presente - e de maneira inequívoca - a preocupação com a adequada exposição das razões que justificam as decisões jurídicas, especialmente daquelas que se fundamentam em conceitos indeterminados princípios e demais elementos que poderiam ocultar decisões subjetivas.

Segundo ponto: em nenhum momento foi proposta uma redação que indicasse uma sugestão ou determinação do uso da ponderação como elemento de fundamentação de decisão. Os termos 'colisão' e 'ponderação' foram incluídos **no novo Código** pelo **reconhecimento de que** eles já constituem argumentos usados para fundamentar decisões questionáveis.

Quinto ponto: não houve preocupação quanto à definição qualitativa e/ou formal da norma passível de colisão e, por conseguinte, que enseja ponderação. Em tese, da redação do enunciado podem derivar confusões de diversas ordens.

Sexto ponto: não se viu na elaboração do novo Código qualquer preocupação quanto à definição de algo como um método oficial de ponderação. O único pressuposto da ponderação é a colisão de normas. Por conseguinte, não há espaço para controle de doutrinalidade das decisões: atendidos os requisitos impostos pelo art. 489, uma decisão **não pode ser** considerada inválida por não ter seguido a fórmula de ponderação do X ou Y.

Sétimo ponto: **mesmo assim, não** é qualquer **caso de colisão de normas que** habilita o uso da ponderação para fundamentar uma sentença. Os critérios **de resolução de** antinomia apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por exemplo, não foram revogados pelo novo Código. Lei posterior continua revogando a anterior, a lei especial continua revogando a geral, etc. (MEIRA, 2015, p. 79-80).

? Os autores levantam alguns pontos **a respeito da técnica de** ponderação de normas, **a que a decisão do Superior Tribunal de Justiça** seleciona cinco: a) a discussão que permeou a redação do artigo teve sempre a preocupação com a fundamentação **da decisão que** tivesse que empregar a técnica de ponderação; b) no âmbito da discussão da redação **do artigo, a** ponderação não foi usada em nenhum momento como elemento de fundamentação da decisão, antes os termos ?colisão? e ?ponderação? foram adotados pelo **reconhecimento de que** eles já vêm sendo usados como argumentos para fundamentar decisões controversas; c) não

houve a devida delimitação do tipo de norma **que pode ser** objeto da ponderação, o que acabou gerando discussões e controvérsias; d) não houve, na elaboração do Código, a preocupação em determinar claramente um método oficial de ponderação, sendo dificultado o controle pela doutrina da aplicação da técnica; e) não é qualquer caso que autoriza o uso da ponderação para fundamentar a sentença automaticamente, sendo importante salientar que ainda há a vigência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que também tem métodos **de resolução de** antinomias.

Feito esse apanhado doutrinário, a corte constata um estado paradoxal de coisas: **a ausência de** critério claro de como e em quais casos deve ser usada a ponderação terminou por produzir receios **de que o dispositivo em** questão, que teve por finalidade diminuir a discricionariedade, acabou abrindo espaço para insegurança jurídica, dando abertura para que em sua aplicação surgissem decisões eivadas de aspectos subjetivos e alheios ao direito positivo (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online).

? Feita essas considerações, a corte lança mão **da interpretação sistemática**, à luz dos objetivos que orientam **o Código de Processo Civil**: o aprimoramento de técnicas processuais com a finalidade de alcançar maior efetividade na **prestação jurisdicional** e à orientação **no sentido de** criar uma jurisprudência íntegra, estável e coerente (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017).

Neste sentido a corte fixa os seguintes entendimentos sobre **o tema**:

a) **o § 2º do art. 489 do CPC/2015** estabelece balizas para a aplicação da **técnica da ponderação** visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade **da decisão judicial**, sem revogar outros critérios **de resolução de** antinomias, tais como os apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;

b) apenas se configura a nulidade por violação **do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de** ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos **critérios gerais da ponderação** realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, **quando não for possível** depreender **dos fundamentos da** decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador;

c) o exame da validade/nulidade **da decisão que aplicar a técnica da ponderação** deve considerar **o disposto nos arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015, segundo** os quais **a decisão judicial** constitui um todo unitário a ser interpretado **a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé**, não se pronunciando a nulidade quando não houver **prejuízo à parte** que alega **ou quando o** mérito puder ser decidido a favor **da parte a quem** aproveite;

d) **em recurso especial**, a pretensão de revisão **do mérito da ponderação**

efetuada pelo Tribunal de origem pressupõe que se trate de matéria

23

infraconstitucional, além da indicação, nas razões recursais, das normas conflitantes e das teses que embasam a sustentada violação/negativa de vigência da legislação federal;

e) tratando-se de decisão fundamentada eminentemente na ponderação entre normas ou princípios constitucionais, não cabe ao STJ apreciar a correção do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

Ou seja, a tese fixada pela corte determina como critério de nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 quando não for possível verificar, nos fundamentos da decisão, o motivo pelo qual a ponderação foi necessária no caso concreto e como se estruturou o juízo valorativo do aplicador. A respeito da validade da decisão que aplicar a técnica de ponderação, o Tribunal afirma que devem ser levados em consideração os dispostos no artigo 282 e 489, §3, do Código de Processo Civil, segundo a qual a decisão deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos, em conformidade com o princípio da boa-fé, ponto este que foi examinado acima na discussão sobre o artigo 489 a partir da doutrina de Nery (2018), não havendo nulidade quando não se verificar prejuízo à parte que o alega, ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte que possa se aproveitar da nulidade.

Quanto ao caso concreto, a corte atesta que a sua solução não é trivial no âmbito da hermenêutica constitucional, sendo antes considerada verdadeiramente o que se convencionou a chamar de hard case (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). O dispositivo da decisão consta como:

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial apenas quanto ao pedido de decretação da nulidade do acórdão recorrido e, nessa extensão, nego-lhe provimento. Na origem, os honorários sucumbenciais foram fixados, por equidade, em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) ficando majorados para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária a partir da publicação do presente acórdão, a serem pagos em favor da parte recorrida, nos termos do art. 85, §§ 8º e 11, do CPC/2015. É o voto. (Superior Tribunal de Justiça, 2017)

Deste modo, a corte decide no sentido de não acolher a pretensão da parte autora, não vislumbrando nulidade do acórdão, que é considerado pelo Tribunal como tendo motivação racional. Esse entendimento leva em consideração o fato de

acórdão recorrido ter, segundo a corte, enfrentado **todas as questões** relevantes necessárias à solução da controvérsia e também ter apresentado **de forma clara o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada por meio da** exposição das razões fáticas e também jurídicas que fundamentaram o seu convencimento pela

24

prevalência da liberdade de expressão (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online). Portanto, **restou decidido** o caso concreto pela adequação da decisão da instância inferior quanto à aplicação **da ponderação de** normas, afastando-se **a tese da** parte recorrente **a respeito de** sua alegada inadequação.

O Tribunal também fixa entendimento do **que deve ser** considerado adequado quando da aplicação **do instituto da ponderação de** normas, para eventuais casos futuros. O próprio **Superior Tribunal de Justiça**, classifica o caso como um hard case, demonstrando a complexidade que a ponderação pode apresentar em cada caso concreto, que, entretanto, teve uma solução para essa complexidade dada pela corte, **a partir do** estabelecimento de uma diretriz firmada por ela quando for necessária a avaliação da adequação do instituto no contexto da sua aplicação nos casos concretos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

? O presente artigo teve por objeto a compreensão da mudança ocorrida no **Direito Processual Civil**, quando o paradigma neoprocessualista se tornou dominante. Para tal, se examinou a técnica de ponderação **de normas, que**, como foi explicitado, constitui uma técnica que acabou ganhando mais relevo no processo civil quando da passagem para o paradigma neoprocessualista, podendo ser considerada uma técnica representativa dele.

Para compreender esse novo paradigma processual, **a partir do** método de pesquisa documental se examinou suas origens na história e na filosofia, a partir de uma mudança mais geral no Direito, da dominância da perspectiva positivista para a perspectiva pós-positivista, ocasionada no século 20. Também foi relacionado o neoprocessualismo **com o novo** paradigma do Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo.

Pontuada a importância que a ponderação de normas passa a ter neste contexto, se analisou o lugar desta técnica normativa **no Novo Código de Processo Civil, momento em que** também foi analisado o seu conceito por parte da doutrina. Essa discussão pôde ser melhor contextualizada quando foi examinado a sua aplicação na prática **a partir da** análise do Recurso Especial 1.765.579-SP, onde, **no âmbito do caso concreto**, a corte, na decisão, examinou a natureza **da ponderação de princípios no Novo Código de Processo Civil**, fixando teses de **sua aplicação**. **A ponderação de normas constante no artigo 489 do CPC se** revelou ter

25

aplicação complexa, podendo ocasionar o que o Tribunal chamou de hard case. Entretanto, no caso concreto objeto de estudo, a corte decidiu a questão, fixando também teses gerais sobre nulidade por violação do §2 do artigo 489 e sobre a ponderação de normas.

?

REFERÊNCIAS

26

ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da Ponderação à Brasileira. São Paulo: Revista de Processo, vol. 269/2017, p. 109-138, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil - vol. II. 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios - 18 ed. rev. e atual. - São Paulo:

Malheiros, 2018.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, jan/mar. 2011.

BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico*. Trad. Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. DOU, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. DOU, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, número vol.17, dez, 2008.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 3 - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências **no Novo CPC**. *Revista da EMERJ*, **Rio de Janeiro**, vol. 14, n. 56, p. 74 - 107, out-dez, 2011.

MEIRA, Danilo Christiano Antunes e RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Colisão e ponderação de normas na elaboração do **novo Código de Processo Civil**. **Revista de Processo**. vol. 246. São Paulo: Ed. RT, 2015.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3 ed. -São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 26, 2006.

27

_____. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, vol. 2, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.765.579 - SP (2017/0295361-7), Relator Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva**, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>>. Acesso em: 21 mai. 2025

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível nº 1024271-28.2015.8.26.0100, Relator Viviani Nicolau, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Processos>>. Acesso em: 21 mai. 2025.

VAUGHN, Gustavo Favero; VEIGA, Natália Salva. Reflexões sobre **a técnica da ponderação no Novo Código de Processo Civil.** **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol.971, set, 2016



=====

Arquivo 1: [TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf](#) (8146 termos)

Arquivo 2: www.mpij.mp.br/documents/20184/1473819/Fedie+Didier+Jr+%26+Rafael+Alexandria+de+Oliveira.pdf (6057 termos)

Termos comuns: 447

Índice de similaridade antigo: 3,24%

Novo índice de similaridade: 5,48%

Índice de agrupamento: Alto

O texto abaixo é o conteúdo do documento **Arquivo 1**. Os termos em vermelho foram encontrados no documento **Arquivo 2**. Id da comparação: bca6702507ff2a2x157

=====

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Salvador
2025



DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Artigo apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade Católica do
Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador
2025

2

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO

RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco¹
Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo compreender o neoprocessualismo sob o prisma da aplicação da técnica de ponderação de normas. Em um primeiro momento se situa a compreensão do paradigma neoprocessualista em seu contexto histórico e teórico mais amplo, relacionando o seu surgimento com acontecimentos da história recente e com uma mudança mais ampla de paradigma filosófico dentro do Direito, representada pela passagem do paradigma positivista para o pós-positivista. Em seguida, se analisa a relação do neoprocessualismo com o neoconstitucionalismo, novo paradigma do Direito Constitucional. Na sequência, se estuda a ponderação de normas propriamente dita, situando a técnica dentro do Novo Código de Processo Civil, bem como sua formulação conceitual na doutrina. Por fim, se examina o Recurso Especial 1.765.579-SP como estudo de caso, visando contextualizar a discussão em um caso concreto. O presente estudo foi construído tomando como método a pesquisa documental, mobilizando, além do julgado em questão, livros e artigos de autores que tem o mesmo tema como objeto.

Palavras-chave: Neoprocessualismo. Ponderação de Normas. Novo CPC. Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. 3. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO. 4. NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS. 5. NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: O CASO DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, não apenas como apenas sistema de normas mas sobretudo enquanto fenômeno teórico, passou por profundas transformações. Catastróficos acontecimentos do século 20, em especial a Segunda Guerra Mundial, motivaram o pensamento jurídico a reformular o seu paradigma filosófico, ou seja, seus aspectos teóricos mais amplos e fundamentais. Uma vez que que muitos daqueles

² Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodium, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador ? UCSAL, Professor de Direito da Universidade Católica do Salvador. E- mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.

¹ Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: danilo.pacheco@ucsal.edu.br

acontecimentos ocorreram sob a perfeita adequação ao Direito vigente à época, fez-se necessário pensar e construir um novo paradigma para o pensamento jurídico, **com vistas a** impedir que catástrofes como aquelas voltassem a ocorrer. Sendo o paradigma dominante naquele momento de crise o positivismo jurídico, surgiu como sua contraposição o pós-positivismo jurídico. A principal mudança que este novo paradigma apresentou foi a relativização da distinção entre Direito e Moral, admitindo-se, nesta perspectiva, critérios materiais de validade das normas. Essa mudança de orientação teórica influenciou tanto o Direito Constitucional como o **Direito Processual Civil**. No Direito Constitucional, como correspondente do pós-positivismo neste ramo, surge o neoconstitucionalismo, tendo por característica central o caráter normativo da constituição bem como a vinculação **dos direitos fundamentais** a todos os ramos do direito. Isso em forte contraste com a concepção positivista de constituição, que atribuía a esta um caráter meramente formal. Já no âmbito do **Direito Processual Civil**, o pensamento consequente ao pós-positivismo é o neoprocessualismo que tem por principal característica o maior relevo dos princípios e dos valores dentro do processo. Central no neoprocessualismo é a busca por acesso à justiça, bem como a mitigação dos excessos formalistas do paradigma anterior.

Uma mudança que se sobressai no **Direito Processual Civil** quando da passagem para o paradigma neoprocessualista é o maior relevo da técnica de ponderação de normas sobre a técnica de subsunção. A subsunção é a tradicional aplicação da norma certa aos fatos, já a ponderação, **no Direito Brasileiro**, aparece **no Código de Processo Civil** no artigo art. 489, § 2, no contexto da sentença, onde, havendo hipótese de colisão de **normas**, **o juiz deverá justificar o objeto e critérios gerais da ponderação efetuada**, explicitando as razões de afastamento de uma das normas **e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão**.

Para cumprir tal objetivo, será usado como estudo de caso a análise do REsp 1.765.579 - SP, onde a ponderação de normas é aplicada e também discutida em decisão pelo Superior Tribunal de Justiça. A pergunta central do artigo é: como é exercida a ponderação de normas na prática, técnica representativa do novo paradigma neoprocessualista?

4

Neste sentido, o objetivo deste trabalho é compreender essas mudanças teóricas que o Direito passa, em especial no **Direito Processual Civil**. Para tal, se investigará especialmente a técnica de ponderação de normas, **uma vez que** a mudança para uma maior relevância da técnica de ponderação sobre a subsunção

constitui-se como uma das mais significativas que ocorreram quando da passagem ao novo paradigma, o neoprocessualismo. O presente trabalho busca, portanto, através do método de pesquisa documental e revisão bibliográfica, compreender como essas mudanças teóricas se manifestam no âmbito do **Direito Processual Civil**.

2 NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

? A necessidade de se pensar um novo paradigma para o pensamento jurídico remonta ao século 20. Uma vez tendo-se derrotado os regimes totalitários no continente europeu, se constatou indispensável a tarefa da criação de uma nova estrutura teórica para o Direito que estabelecesse, por um lado, direitos e garantias individuais que protegessem o cidadão de eventuais abusos pelo Estado ou quaisquer outras formas de poder e, por outro, mecanismos de controle da Constituição, ocasionando a criação da assim chamada jurisdição constitucional (CAMBI, 2008). É importante, entretanto, que inicialmente se compreenda as características do paradigma anterior ao que seria contraposto posteriormente em resposta a essa crise: O positivismo jurídico. Segundo Bobbio (2015), o positivismo pode ser compreendido tanto como modo de aproximar-se do Direito, tanto como uma teoria ou concepção do mesmo ou ainda como uma ideologia de justiça (BOBBIO, 2015).

Como modo de se aproximar **do Direito**, o positivismo jurídico seria marcado pela clara distinção entre Direito real e Direito ideal. Seria justamente pela ênfase no Direito real em contraposição ao ideal que ele se caracterizaria. Essa ênfase conferiria ao positivismo jurídico um caráter que poderia ser chamado de científico (BOBBIO, 2015).

Já como **teoria do Direito**, o positivismo jurídico se caracteriza por acentuar fortemente a ligação do Direito com o Estado, ou seja, o positivismo seria uma teoria estatista do Direito. Ainda **de acordo com** Bobbio (2015), **isso confere à** teoria positivista algumas consequências: a) Com relação à definição do Direito, a teoria

5

da coatividade, que o define como sistema de normas que se fazem valer pelo uso da força. b) Com relação a teoria da norma, a teoria imperativista, **de acordo com** a qual a norma jurídica é um comando; c) Com relação às fontes do Direito, a supremacia da lei sobre as demais fontes; d) Com relação ao ordenamento jurídico, a ele é atribuído o caráter de completude e, por consequência, de ausência de antinomias; e e) **Em relação ao** método da ciência jurídica, a consideração **da atividade do** jurista como essencialmente lógica (BOBBIO, 2015).

Por fim, ainda segundo Bobbio (2015), como ideologia, o positivismo jurídico

representa a crença em certos valores. Esses valores atribuem ao Direito existente um valor positivo independente de qualquer Direito ideal. Isso ocorre de duas maneiras: a) O Direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, ou seja, como emanção de uma vontade dominante, é justo no sentido de **que o critério** para avaliar a sua justiça seria exatamente o mesmo que seria usado para julgar sua validade ou invalidade; e b) o Direito positivo serve, por sua própria existência e independente de qualquer valor moral, à consecução de certos fins desejáveis, como a ordem, a paz e **de modo geral** à justiça legal. Desses dois valores, segue-se que, para a ideologia positivista, a norma jurídica deve ser obedecida de per si (BOBBIO, 2015).

? Por mais estruturado que fosse o pensamento positivista, ele enfrentou sérias críticas, sobretudo no decorrer do século 20. Decisões extremamente apartadas de qualquer noção de justiça como as que atravessaram todo o regime fascista e nazista não poderiam mais ser aceitas pela sociedade (BICALHO et al, 2011). Nesse contexto histórico dramático, se abriu um ambiente propício para renovação dentro do pensamento jurídico, e é neste contexto que surge o pós-positivismo ou o não positivismo (BICALHO et al, 2011). Segundo Bicalho e Fernandes (2011) a crise do pensamento positivista pode ser explicitada em duas razões centrais: a) a pluralidade das sociedades pós-modernas, que acabaram evidenciando a limitação da noção de completude do sistema positivo codificado; e b) pela dificuldade apresentada pela concepção positivista quando da necessidade de mitigar **a aplicação de** normas positivas, quando **for o caso** de ser flagrante que as soluções por elas apresentadas **no momento da** aplicação forem absurdas ou desproporcionais (como no caso do sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista) (BICALHO et al, 2011).

6

? O pós-positivismo conta como adeptos autores como Alexy, Dworkin, Bonavides e Barroso, dentre outros (BICALHO et al, 2011). Apesar desses autores possuírem entre si discordâncias dentro de suas perspectivas teóricas, um fio comum entre eles pode ser apontado como: a relativização da separação entre Direito e Moral, bem como a admissão de critérios materiais para a validade das normas. **Uma vez que** uma crítica central ao positivismo jurídico é a falta de critérios valorativos **para a aplicação das normas**, o pós-positivismo trabalha no sentido de conferir bases axiológicas, ou seja valorativas, para a sua aplicação, principalmente a partir do Direito Constitucional (BICALHO et al, 2011).

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO

? Diante deste contexto de mudança teórica, o Direito considerado enquanto sistema de normas foi expressivamente afetado em seus ramos, sobretudo em dois dos mais fundamentais deles : o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil. A mudança que se estabeleceu como decorrência dos fenômenos analisados no tópico acima no âmbito do Direito Constitucional é o que se denomina neoconstitucionalismo, que representa um novo paradigma dentro do Direito Constitucional. As alterações mais importantes que este novo paradigma apresenta, segundo Cambi (2008), podem ser sistematizadas em três aspectos distintos. O primeiro desses aspectos é o histórico e já foi delineado em suas linhas centrais no tópico anterior. Cumpre apenas destacar como marco legislativo a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, isto é a Grundgesetz, a Constituição alemã. Outras constituições também se compõem como marco da mudança para o paradigma neoconstitucionalista, quais sejam, as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978). No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 sofre forte influência desses marcos legislativos, sobretudo por se caracterizar historicamente como passagem de um regime autoritário para um democrático, lançando as bases para um Estado Democrático de Direito no Brasil. Segundo Cambi (2008), apesar de a Constituição brasileira ter sofrido diversas reformas constitucionais ao longo do tempo, ela logrou criar uma cultura jurídica de valorização de um sentimento constitucional. Após sua promulgação, diversos episódios de instabilidade política, próprios da história recente do Brasil,

7

encontraram nela soluções, criticáveis ou não, de manutenção da estabilidade democrática. O segundo aspecto da alteração é o filosófico e também foi delineado em linhas gerais no tópico anterior, qual seja, a passagem para a tendência pós-positivista. Cumpre apenas destacar o papel dos princípios, que para essa nova matriz teórica, deixam de ter aplicação meramente secundária, isto é, de ter a função de apenas colmatar lacunas e passam agora a ter relevância jurídica na confirmação judicial de direitos (CAMBI, 2008).

Além dos aspectos históricos e filosóficos, o neoconstitucionalismo representa também expressivamente mudanças de natureza teórica. De acordo com Cambi (2008), seguindo a linha do pensamento do professor e ministro Luís Roberto Barroso, as mudanças teórica trazidas pelo novo paradigma podem ser divididas em três vertentes: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Segundo o autor, ao afirmar que as normas constitucionais têm força normativa, com isso estamos reconhecendo que a Constituição não é apenas uma carta política mas tem conteúdo jurídico imperativo.

Isto é, a partir do **momento em que** se reconhece a Constituição como lei, seus princípios e regras devem ter normatividade, regulando condutas e produzindo expectativas de comportamentos. Essa é uma concepção nova de Constituição, **uma vez que** se contrapõe a visão clássica, onde a carta constitucional era encarada apenas como declaração política, programa de futuro ou também mera exortação moral (CAMBI, 2008).

Neste contexto, a positividade da norma constitucional é sobretudo a vinculação positiva do legislador a ela, bem como **de todos os** órgãos concretizadores do Estado, seja o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário, que devem encarar a Constituição como diretivas materiais permanentes. Por fim, ela passa a funcionar como limites materiais negativos para o poder público em geral, passando a ser considerados inconstitucionais os atos que sejam contrários a ela (CAMBI, 2008).

Uma consequência dessa expansão da normatividade constitucional é a expansão da jurisdição constitucional. Ela se reflete na realidade **do Direito brasileiro** em especial **pelo controle de constitucionalidade**, havendo agora uma ampliação considerável deste mecanismo. A Constituição de 1988 acabou ampliando o controle

8

abstrato de constitucionalidade, alargando os legitimados ativos para propor as ações que o compõem e, também, criando outros instrumentos de jurisdição constitucional como por exemplo a Ação Direta de Constitucionalidade (CAMBI, 2008).

Por fim, a última vertente elencada por Cambi (2008) que expressa a mudança representada pelo neoconstitucionalismo em seu aspecto teórico, é o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Aqui se trata sobretudo da constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais (CAMBI, 2008).

Para o autor, houve uma mudança do centro gravitacional hermenêutico, ou seja interpretativo, dos códigos para a constituição. Essa nova orientação interpretativa não rompeu completamente com os clássicos métodos de interpretação jurídica, os tradicionais métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico: antes a nova dogmática de interpretação constitucional trazida pelo neoconstitucionalismo informa o intérprete que lançar mão dos métodos tradicionais, da **teoria dos princípios**, em prevalência **sobre a teoria** das regras. Segundo Cambi (2008), **de acordo com** a teoria das regras, prevalece a dicotomia validez-invalidéz, ou seja, diante de uma antinomia, o intérprete lançaria mão de critérios tradicionais como *lex superior derogat inferior*, *lex specialis derogat generalis* e *lex posterior derogat priori*. Mas, de maneira mais significativa para o autor, a característica

fundamental que a teoria das regras conferire à hermenêutica jurídica é a de tudo ou nada. Agora, com a primazia da **teoria dos princípios**, torna-se possível um ajuste às pretensões sociais legítimas, permitindo-se, por exemplo, solucionar-se colisões entre direitos fundamentais (CAMBI, 2008).

Particularmente, dessa mudança na interpretação jurídica, na qual existe, agora, um forte relevo e evidência da Constituição para o intérprete do Direito na aplicação, uma consequência direta se apresenta a outro ramo **do Direito além** do Direito Constitucional: **o Direito Processual Civil**. Entretanto, para que se possa compreender as mudanças apresentadas neste ramo como consequência dos fenômenos discutidos até então, é necessário analisar suas etapas de desenvolvimento.

As etapas de evolução do Direito Processo Civil são sobretudo metodológicas, podendo ser divididas em quatro fases (LOURENÇO, 2011). As

9

fases são: a) praxismo ou fase sincretista; b) processualismo ou fase do autonomismo; c) instrumentalismo; e por fim d) neoprocessualismo ou formalismo valorativo ou formalismo ético (LOURENÇO, 2011).

Em um primeiro momento, na fase do praxismo, o que se dava era a completa confusão entre o direito material e o **direito processual**. Nesta fase **o Direito Processual** não era autônomo, tendo pouca fundamentação teórica e científica construída pelos juristas. Entretanto, estudos de juristas alemães no século 19 sobre a natureza da ação e do processo contribuíram para a superação dessa etapa metodológica (LOURENÇO, 2011).

Superada essa etapa, surge a fase do processualismo, com a perspectiva de autonomia do processo. Agora ele começa a ser estudado mais profundamente e suas bases são lançadas cientificamente, em separado do direito material. Segundo Lourenço (2011), é nesta etapa, pela preocupação dos juristas em conferir autonomia ao processo **em relação ao** direito material, que surge o formalismo exagerado, ou seja, estudar o processo em si, sem **a preocupação de** que esse estudo possa fazer alguma referência imediata à realidade.

Interessante reflexão sobre o formalismo foi delineada por Oliveira (2006).

Refletindo sobre o formalismo processual, o autor o caracteriza, em sentido amplo, como a totalidade formal do processo, considerando especialmente a delimitação dos poderes. Forma, para esse autor, significa começo e fim, circunscrição de material a ser formado, estabelecimento de limites de ação e cooperação dos agentes dentro do processo (OLIVEIRA, 2006). O formalismo, para ele, visa controlar, sobretudo, eventuais excessos **que as partes** possam cometer, conferindo ordem ao procedimento. Segundo o autor, o formalismo se constitui enquanto

elemento não só de efetividade como de segurança do processo. Entretanto, com o passar do tempo, o pensamento formalista sofreu desgaste e passou a ser um formalismo excessivo.

O problema, segundo ele, é que esse poder organizador do formalismo, **em vez de** concorrer para **a realização do** litígio acabe resultando em uma aniquilação do próprio direito ou em um retardamento irrazoável do processo (OLIVEIRA, 2006). Neste caso o formalismo acaba obstando que o instrumento atinja sua finalidade, a que sugere o autor que o jurista lance mão de uma atitude mais aberta, entretanto sem desprezar o formalismo, considerando que no caso do sistema brasileiro, este

10

possui meios suficientes para **a solução, que**, segundo ele, tem **a forma de** uma antinomia entre justiça e formalismo.

No terceiro momento de evolução metodológica, a fase do instrumentalismo, o processo passa a ser considerado como instrumento do direito material. Essa postura metodológica do Direito Processual, aparece agora **como forma de** corrigir os excessos formalistas da etapa metodológica anterior, que foi encarada como excessivamente técnica. Agora **o processo não** é visto como um fim em si mesmo, tendo surgido nesta etapa as ideias de promoção de maior acesso à justiça. Essa fase é, portanto, mais crítica (LOURENÇO, 2011).

Por fim, em sua última etapa de desenvolvimento metodológico, surge o neoprocessualismo ou formalismo valorativo, ou ainda formalismo ético. Nesta fase é onde o instrumentalismo interage com as mudanças de paradigma que ocorreram no Direito Constitucional. Oliveira (2014), ao refletir sobre essa última mudança no pensamento processual, chega mesmo a afirmar que se **o processo não pode** mais ser compreendido como mera técnica e sim como instrumento de realização de valores, em especial, valores constitucionais, podemos considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Lourenço (2011), sintetizando os pontos centrais da passagem ao paradigma neoprocessualista no **Direito Processual Civil**, os elenca como uma série de substituições: a) princípios no lugar de regras, ou pelo menos mais princípios do que regras); b) ponderação no lugar de subsunção, ou pelo menos, mais ponderação do que subsunção); c) justiça particular **em vez de** justiça geral, ou ainda, mais análise individual e concreta que geral e abstrata; d) Poder Judiciário **em vez de** Poder Executivo ou Legislativo, ou mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo ou Executivo; e) Constituição no lugar da lei, ou, maior e mais direta aplicação da Constituição no lugar da lei.

Para os fins do presente artigo, a compreensão da mudança que a passagem ao paradigma neoprocessualista ocasiona, se analisará de modo mais detido o

ponto central elencado acima no item ?b? pelo autor, a prevalência da ponderação sobre a subsunção. Para tal se estabelecerá tanto o lugar da técnica de ponderação de normas **no Código de Processo Civil**, quanto a sua definição na doutrina.

11

4 NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS

O **Código de Processo Civil** de 2015 é um marco da passagem ao neoprocessualismo nos termos acima delineados (VAUGHN et al, 2016). Já em seu primeiro artigo, ele consagra a interpretação constitucionalizada **de todos os** dispositivos nele contidos, reconhecendo em seu âmbito a força normativa da constituição (VAUGHN et al, 2016). Como ficou claro na discussão dos tópicos anteriores, é precisamente a presença mais forte do Direito Constitucional no **Direito Processual Civil** a característica central do paradigma neoprocessualista.

Neste mesmo sentido, uma mudança significativa com o advento do Novo **Código de Processo Civil** de 2015 foi no âmbito **do dever de** fundamentação das decisões judiciais, consagrado **no art. 489 do** referido diploma (VAUGHN et al, 2016). O artigo 489 estabelece que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

- I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
- II - os fundamentos, **em que o** juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III - o dispositivo, **em que o** juiz resolverá as questões principais **que as partes** lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar **conceitos jurídicos indeterminados**, sem explicar o **motivo concreto de sua incidência no caso**;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem **demonstrar que o caso** sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente

invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL, 2015)

Esse dispositivo específico tem por inspiração direta o artigo 93, IX, da Constituição Federal, e determina certos critérios de qualidade a serem preenchidos para que a decisão possa ser considerada fundamentada. A razão de ser da

12

importância conferida à fundamentação é a defesa do jurisdicionado em relação aos eventuais julgamentos arbitrários que ele possa ser submetido (VAUGHN et al, 2016).

Entretanto, sendo objeto de estudo do presente artigo mais especificadamente a ponderação de normas, o dispositivo central a ser analisado é o parágrafo segundo do artigo 489. O parágrafo em questão possui a seguinte redação:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 2015)

Para que se possa compreender o artigo em questão, é necessário examinar o conceito de ponderação de normas na doutrina, tarefa que encontra na obra de Ávila (2018) uma contribuição notável.

Segundo o autor, normas jurídicas podem ser compreendidas como o resultado final da interpretação. A interpretação propriamente dita tem como objeto imediato os dispositivos jurídicos (ÁVILA, 2018). É possível, por exemplo, haver normas sem que haja um dispositivo específico e determinado a ela diretamente vinculados. Por exemplo, no caso do princípio da segurança jurídica. O autor, após reconstruir de maneira crítica a história da conceituação das espécies normativas por parte da doutrina, desenvolve a sua própria definição a respeito delas. Segundo ele:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente

retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os **princípios são normas** imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o **estado de coisas** a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2018, p. 102)

Ou seja, para ele, regras são normas descritivas, retrospectivas que tem como função ser parâmetro para decisão e serem abrangentes, tendo, na aplicação, a necessidade de se avaliar a correspondência entre os fatos e ela. Já os **princípios são normas** voltadas para um fim, tendo como função primordial ser uma orientação prática.

13

Existe, entretanto, além dos princípios e das regras, uma outra espécie de norma de fundamental importância: **os postulados normativos**. Essa espécie de norma é imediatamente metódica. Elas instituem critérios de aplicação para outras normas, que, essas sim, se situam no plano do objeto da aplicação (ÁVILA, 2018). Um desses postulados normativos é precisamente a ponderação. Segundo Ávila, a ponderação de bens consistiria em um:

Método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho é importante registrar **que a ponderação**, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil **para a aplicação do Direito**. É preciso estruturar a ponderação **com a inserção de** critérios (ÁVILA, 2018, p. 185).

Salienta também o autor que é importante separar e apreciar a sutileza dos elementos envolvidos na ponderação, quando da sua aplicação, quais sejam: a) os bens jurídicos; b) os interesses; c) os valores; por fim, d) os princípios. Os bens jurídicos seriam situações, estados ou propriedade essenciais particulares da promoção **dos princípios jurídicos**. Os interesses são os próprios bens jurídicos enquanto vinculados a algum sujeito que os procura obter. Já os valores são o aspecto axiológico, ou seja, valorativo, das normas, indicando o que é bom, isto **é, o**

que é digno de ser buscado ou preservado. Por fim os princípios propriamente ditos, são, para o autor, o aspecto deontológico dos valores, que além de demonstrar que algo deve ser buscado, determinam que este algo deve também ser promovido (ÁVILA, 2018).

Em relação às etapas da ponderação, isto é, as etapas da aplicação dessa espécie de norma, o mesmo autor a divide em três: a) preparação da ponderação (Abwägungsvorbereitung, em alemão, idioma no qual o conceito se originou); b) realização da ponderação (Abwägung); e, por fim, c) reconstrução da ponderação (Rekonstruktion der Abwägung). A primeira etapa, a da preparação da ponderação, é onde se analisam todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível. Na segunda etapa, a da realização da ponderação, o intérprete que aplica a ponderação vai fundamentar a relação estabelecida entre os objetos de sopesamento.

No caso da ponderação, nessa etapa deve ser indicado a relação da primazia de um objeto ponderado sobre o outro. Por fim, na reconstrução da

14

ponderação, se formam regras de relação, inclusive de primazia de um objeto sobre o outro, com pretensão de validade para além do caso (ÁVILA, 2018). Por fim, o autor destaca que os critérios de ponderação podem ser vários, devendo, entretanto, ter o intérprete que vai aplicar essa espécie normativa, a maior atenção aos princípios constitucionais e, também, as regras de argumentação que podem ser construídas a partir deles.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a ponderação de normas aparece no Código de Processo Civil no § 2.º do art. 489 do CPC. Segundo Arenhart, Marinoni e Mitidiero, o Código de 2015 apresenta ao todo três postulados normativos ou seja, como visto acima, tipos de normas que têm como objeto a aplicação de outras normas: proporcionalidade, razoabilidade e ponderação (Arenhart et al, 2015). A proporcionalidade é o postulado normativo que visa estruturar a aplicação de duas normas que mantêm entre si relação de meio e fim. Já a razoabilidade, é o segundo postulado constante no Código de Processo Civil, e tem três acepções básicas, razoabilidade como equidade, congruência e como equivalência; por fim, a ponderação de normas seria, no Código, o postulado normativo que visa atribuir peso a elementos que se entrelaçam. Cada um desses postulados existe para solucionar determinados problemas específicos, tendo cada um deles sua própria estrutura de aplicação, bem como sua particular exigência aplicativa quando for necessária a sua aplicação em cada caso concreto (Arenhart, 2015).

Ocorre que dentre as diversas maneiras que as normas podem se relacionar entre si, no caso do §2 do art. 489 do CPC, a hipótese apresentada é a de que

diferentes finalidades normativas apontam para soluções diversas ou mesmo opostas, quando for necessário aplicar todas elas: **é o que o Código** chama de **?colisão de normas?**. Segundo os mesmos autores, quando o Código fala de ponderação, pode ser o caso de emprego do método de proporcionalidade, por exemplo. Caso seja hipótese de lançar mão do postulado da ponderação particularmente no caso, **o juiz deve ?justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão?**. Entretanto, caso seja hipótese de emprego da proporcionalidade, deve o magistrado explicitar a relação entre meio e fim bem como justificar argumentativamente a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da decisão. Ainda **de acordo com** a lição dos

15

autores, o emprego genérico de postulados normativos, sem qualquer ligação com suas funções previamente estabelecidas pelo código e aquilo que é autorizado judicialmente para cada caso concreto, constitui violação ao dever fundamental de fundamentação analítica (ARENHART et al, 2020).

5 NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: **O CASO DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP**

Examinando a posição da ponderação de normas **no Código de Processo Civil**, bem como sua conceituação na doutrina, passa-se agora ao exame **de um caso em que** essa técnica foi aplicada em **um caso concreto**, a saber, no recurso especial 1.765.579-SP. O estudo de caso do recurso em questão possibilitará a compreensão de como a ponderação de normas, técnica normativa que, como ficou claro nos tópicos anteriores, acabou ganhando destaque na passagem ao paradigma neoprocessualista, acontece na prática.

? O recurso especial 1.765.579-SP foi interposto pela Sociedade Beneficente Muçulmana impugnando acórdão do Tribunal de Justiça **do Estado de São Paulo**. Em suas razões, a parte alegava a violação dos seguintes dispositivos (acrescidos das suas respectivas teses):

- a) **art. 1.022 do Código de Processo Civil** de 2015 - apontando a omissão do acórdão recorrido quanto aos motivos para priorizar o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa; e
- b) **art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015** - alegando que o Tribunal de origem não justificou **os critérios gerais da ponderação** de princípios conforme determina a nova legislação processual, isto é, **enunciando as razões que**

autorizavam **a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que** fundamentaram a conclusão. (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

? A ação de origem é de natureza indenizatória e foi ajuizada pela Sociedade Beneficente Muçulmana contra a Google Brasil Internet Ltda. O objetivo era a remoção de vídeo disponível na plataforma YouTube da música ?Passinho do Romano?, sob a alegação de que tal conteúdo ofendesse a religião islâmica em virtude do uso indevido de passagens do Alcorão. **De acordo com** a parte autora, o videoclipe veiculado pela empresa ré, bem como a respectiva canção do gênero funk que o acompanha, utilizaram trechos remixados do Alcorão, livro considerado

16

sagrado para religião muçulmana, que, segundo a parte autora, somente poderiam ser recitados dentro de um contexto próprio da liturgia da religião em questão.

? O juízo de primeiro grau declarou improcedente a demanda, ressaltando que sendo a ré mera provedora de hospedagem do conteúdo, não possuiria dever de monitoramento e fiscalização permanente **do sistema, de modo que** ela não poderia ser responsabilizada pelos vídeos inseridos na plataforma YouTube por terceiros usuários. Mediante a ponderação **dos princípios da** liberdade de expressão e da liberdade religiosa, a sentença concluiu pela ausência de ilicitude pela razão de que a obra em si mesma considerada não possuiria elemento discriminatório (o assim chamado hate speech) sendo, antes, manifestação da cultura popular, tutelada constitucionalmente pelo direito à liberdade de expressão (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online).

? Tal entendimento foi corroborado pelo Tribunal de Justiça **do Estado de São Paulo** ao negar a apelação da parte autora. No acórdão, a Corte estadual analisando os fatos e as provas, bem como o teor das mídias impugnadas, asseverou que "a canção sequer menciona ou faz alusão, positiva ou negativa, ao islamismo e seus seguidores", e a respeito da alegação da parte autora de que a mera incorporação à canção de trechos do Alcorão por si só configuraria ilicitude, salientou que: **a inserção de** trecho do Alcorão na música e nos vídeos pode ser conduta rechaçada pela religião islâmica e um desrespeito aos preceitos subjetivos dos muçulmanos, mas não é um desrespeito à liberdade de crença religiosa ou ao sentimento religioso, nem ato que rompe os limites do exercício da liberdade artística.

Aliás, como os direitos fundamentais se estendem a todos, a insatisfação da comunidade religiosa pode se manifestar no próprio campo do exercício da liberdade de expressão, sobretudo **por meio da** crítica, o que é inerente ao jogo democrático de uma sociedade plural.

A insatisfação não constituirá razão suficiente, porém, para provocar a tutela jurisdicional do Estado e materializar um mecanismo de censura (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2016, online)

? Ademais, segundo o entendimento da corte paulista, não se poderia proibir a reprodução de conteúdo de um livro religioso com fundamentos em dogmas erigidos pela própria obra, pois isso seria o mesmo que permitir que uma regra religiosa que vincula àqueles que a ela pertencem pudesse ser dotada de eficácia abstrata a todos indiscriminadamente (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Inconformada, a parte autora opôs embargos declaratórios alegando existência de omissão e obscuridade no acórdão. Segundo ela, o Tribunal se negou a analisar o real teor de suas alegações, quais sejam: a tese de que a violação à liberdade

17

religiosa decorreria da simples utilização dos trechos sagrados em vão, fora do contexto da liturgia (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Sendo os aclaratórios rejeitados pela corte, houve ensejo a um recurso extraordinário e ao recurso especial, objeto do presente tópico.

? No Recurso Especial a recorrente alega mais uma vez a nulidade do acórdão, com base na violação do arts. 1.022 do CPC/2015 e do 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. Em síntese, suas teses são:

(i) a suposta omissão quanto aos motivos para priorizar o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa, e

(ii) a não explicitação dos critérios gerais da ponderação de princípios efetuada, conforme disposto no § 2º do art. 489 do CPC/2015. (Superior Tribunal de Justiça, 2016, online)

? A corte então apresentou sua argumentação em dois pontos: no primeiro, sobre a ausência de violação do art. 1.022 do CPC/2015; no segundo, sobre a motivação das decisões judiciais e da técnica de ponderação no CPC/2015 (Superior Tribunal de Justiça, 2016). A respeito do primeiro, a corte reforça o entendimento da instância inferior, sustentando que o Tribunal indicou adequadamente os motivos que formaram o seu convencimento, não se vislumbrando nem omissão, nem contradição, obscuridade ou erro material para efeito do que dispõe o art. 1.022 do CPC/2015.

No segundo ponto, a argumentação vai se centrar na hipótese de ponderação de normas, ancorada no art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. A recorrente afirma no recurso que o Tribunal não explicitou os critérios nem as razões adotadas para conferir primazia à liberdade de expressão artística sobre a inviolabilidade de liturgia

religiosa, princípios fundamentais assegurados nos incisos IX e VI **do art. 5º da** Constituição Federal de 1988, respectivamente (Superior Tribunal de Justiça, 2016, online).

Antes de adentrar na análise dos debates constantes na decisão da corte, cumpre tecer uma análise mais detida acerca do Artigo 489. Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a motivação da sentença tem por finalidade imediata demonstrar ao próprio magistrado a lógica jurídica que legitima a decisão, mostrando à parte sucumbente que ela não é fruto da sorte e do acaso, antes decorrendo da lei (NERY, 2018).

A **falta ou deficiência na fundamentação** gera nulidade, conforme o artigo 93, **IX, da Constituição** Federal. **Em relação ao** §2 do artigo, os autores defendem que

18

se restrinja o uso da ponderação às normas constitucionais, como os princípios e direitos fundamentais, argumento levantado por eles que também será usado pelo Tribunal no contexto da discussão do Recurso Especial e será mais detalhadamente examinado abaixo. Quanto à interpretação **da decisão judicial**, os autores pontuam que ela **deve ser interpretada** levando em consideração **todos os seus** componentes em conjunto, devendo ser considerados como um todo orgânico. Ainda pontuam **o dever de** atitude de boa fé na interpretação da sentença, não devendo-se pautar ela pela distorção do que foi dito pelo juiz (NERY, 2018).

Prosseguindo agora para a análise do debate levantado na decisão pelo Tribunal, a corte, analisando detidamente o significado da demanda, afirma que: **De certa forma**, pode-se considerar que o objetivo derradeiro da norma é dar concretude ao que determina o art. 93, inciso **IX, da Constituição** Federal, garantindo meios para que a interpretação corresponda à entrega de uma prestação jurisdicional efetiva (Superior Tribunal de Justiça, 2016, online)

? A que a sentença avalia que a norma em questão, a saber, § 2º **do art. 489 do Código de Processo Civil** de 2015, suscitou controvérsias no meio doutrinário, em especial pela imprecisão da expressão **"colisão entre normas"**, bem como a incorporação **no sistema brasileiro** da complexa teoria da ponderação desenvolvida por Robert Alexy (Superior Tribunal de Justiça, 2016, online).

Aferindo a doutrina, o Tribunal referencia uma série de autores que examinaram o referido artigo. Os autores em questão são: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery; Georges Abboud e Júlio César Rossi; Fredie Didier; e Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues. Segundo a lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a

ponderação ali prevista deveria se limitar somente a direitos fundamentais e a princípios constitucionais. **De acordo com** eles:

"(...) A nosso ver, existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica ? as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de que se refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais." (NERY, 2018, p. 1164)

Pelo trecho usado na decisão, pode-se concluir que os autores em questão são mais conservadores em relação à técnica de ponderação. Eles avaliam que a

19

existência dessa técnica surgiu com a finalidade de superar dificuldades na aplicação de **normas que são** do Direito Constitucional, como os direitos fundamentais e princípios constitucionais. Para eles, a utilidade da ponderação se restringe a situações em que, na aplicação dessas normas, forem insuficientes as regras da hermenêutica jurídica tradicional. Os autores defendem a posição de que não é adequada a interpretação de que qualquer antinomia pode ser resolvida por ponderação de normas.

? O Tribunal em seguida, mobiliza outros autores na análise, Georges Abboud e Júlio César Rossi, para os quais o dispositivo em questão seria inconstitucional: Há incompatibilidade substancial entre o que preceitua o artigo 489, § 2º, do **Código de Processo Civil** e o que determina nossa tradição em fundamentar toda **a decisão judicial** e administrativa, colocando em colapso a recém (e ainda mal compreendida) estrutura do próprio Código, notadamente ao negar vigência aos artigos 10, 11, 489, § 1º, 926 e 927.

A ponderação de regras - genuíno caso brasileiro - limita-se **a uma decisão** subjetiva do aplicador **na medida em que** escolheria de forma ad hoc, diante **de um caso** (ou de uma tese, como querem os vanguardistas), o qual das regras seria afastada em face desse sopesamento. Mais precisamente, ao ponderar regras, torna-se possível ao julgador afastar determinada prescrição legislativa sem realizar o **controle de constitucionalidade** da lei. Esse afastamento, sem a intermediação do controle difuso de constitucionalidade, é impensável em uma democracia. Daí a inconstitucionalidade do § 2º, ele é um paradoxo porque se trata de

dispositivo legal que pode dar vazão a uma **aplicação do direito** nos padrões da escola de direito livre, criticada desde P Heck (ABBOUD et al. 2017, p. 135)

Os autores aqui discutidos pela corte acreditam **que a ponderação** de normas contidas no § 2º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 seria inconstitucional. Segundo eles, ao afastar uma norma **em favor de** outra, se estaria abrindo espaço para a subjetividade do juiz na decisão **uma vez que** esse afastamento seria feito de modo ad hoc, ou seja, de caso em caso. Além disso, segundo eles, ao afastar uma regra, sem antes passar pelo crivo do controle difuso de constitucionalidade, se estaria agindo de modo inconstitucional. Pelo trecho usado pelo Tribunal, pode-se inferir que os autores consideram o instituto da ponderação **no Código de Processo Civil** algo perigoso e que faria referência à escola de direito livre, que segundo eles, já tem sido criticada na doutrina há muito tempo.

Já para outro autor elencado na decisão, Fredie Didier, o dispositivo em questão deve apenas orientar como **o julgador deve** agir e determinar o conteúdo mínimo da decisão em hipótese de conflito normativo. Segundo ele:

20

O primeiro passo é saber se se trata de **conflito entre regras** ou entre princípios.

Segundo Alexy, para solucionar um conflito entre regras é necessário que uma das regras integre uma hipótese de exceção à outra, ou então que uma delas seja invalidada e expurgada do ordenamento, em nome da subsistência da outra, verificando-se, pois, se a regra está dentro (como exceção) ou fora (por invalidação) do ordenamento. Dessa forma, constatada a contradição entre 'juízos concretos de dever-ser', se ela não pode ser sanada com a inserção de uma 'cláusula de exceção' em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada.

Essa não é, contudo, a solução para a colisão entre princípios. Nesses casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado. Na verdade, em uma 'dimensão de pesos' (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro - caso em que o conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento.(DIDIER, 2018, p. 373-374)

? Neste caso, o autor destaca que **o primeiro passo** na hipótese de conflito de

normas é estabelecer se se trata de **conflito entre regras** ou entre princípios, dois tipos básicos de norma, como se demonstrou no tópico acima. Para ele, seguindo a linha do pensamento de Robert Alexy, em se tratando de conflito de regras, caso não se possa sanar **a contradição entre** elas, uma exclui a outra em caso de conflito, sendo uma válida e outra inválida. De modo diferente ocorre quando há conflito entre os princípios, onde o que se leva em consideração é o **?peso? de cada um deles**, devendo o aplicador verificar na situação prática **do caso concreto** qual pesa mais que o outro, devendo este ter preferência sobre o outro.

? E ainda, segundo a doutrina do autor citado pela corte, aprofundando a discussão, refletindo sobre a distinção entre princípios e regras, afirma ser partidário da tese de **que a ponderação** também pode ser usada na hipótese de eventual conflito de regras:

As regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias; às regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão de ponderação. Nas suas palavras, 'a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador

O importante é que, qualquer que seja a técnica utilizada para superar o conflito normativo, ela exige do juiz uma justificação. Não basta dizer, **por exemplo, que** uma regra constitui exceção do que diz a outra, ou que, **no caso concreto**, um determinado princípio deve prevalecer sobre outro (DIDIER, 2018, p. 374-375)

21

? Segundo o autor, portanto, é o caso de utilizar a técnica de ponderação também as regras. Por fim, ele declara que em todas as hipóteses que for preciso usar a ponderação de normas, deve o juiz justificar ela, sendo este ponto muito importante.

Em seguida, na decisão, o Tribunal menciona a doutrina de Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues, que é voltada a reconstruir os debates legislativos travados na ocasião da confecção do diploma processual. A respeito **do § 2º do art. 489 do CPC/2015**, a corte ressalta a conclusão dos autores sobre alguns pontos:

Primeiro ponto: por trás da redação do dispositivo que incluiu a previsão de colisão e ponderação de normas no novo **Código de Processo Civil**, sempre esteve presente - e de maneira inequívoca - a preocupação com a adequada exposição das razões que justificam as decisões jurídicas, especialmente daquelas que se fundamentam em conceitos indeterminados princípios e demais elementos que poderiam ocultar decisões subjetivas.

Segundo ponto: em nenhum momento foi proposta uma redação que indicasse uma sugestão ou determinação do uso da ponderação como elemento **de fundamentação de** decisão. Os termos 'colisão' e 'ponderação' foram incluídos no novo Código pelo reconhecimento de que eles já constituem argumentos usados para fundamentar decisões questionáveis.

Quinto ponto: não houve preocupação quanto à definição qualitativa e/ou formal da norma passível de colisão e, por conseguinte, que enseja ponderação. Em tese, da redação do enunciado podem derivar confusões de diversas ordens.

Sexto ponto: não se viu na elaboração do novo Código qualquer preocupação quanto à definição de algo como um método oficial de ponderação. O único pressuposto da ponderação é a colisão de normas. Por conseguinte, **não há espaço para** controle de doutrinalidade das decisões: atendidos os requisitos impostos pelo art. 489, uma decisão **não pode ser considerada** inválida por não ter seguido a fórmula de ponderação do X ou Y.

Sétimo ponto: mesmo assim, não é qualquer **caso de colisão** de normas que habilita o uso da ponderação para fundamentar uma sentença. **Os critérios de** resolução de antinomia apresentados **na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, por exemplo, não foram revogados pelo novo Código. Lei posterior continua revogando a anterior, a lei especial continua revogando a geral, etc. (MEIRA, 2015, p. 79-80).

? **Os autores** levantam alguns pontos a respeito da técnica de ponderação de normas, a **que a decisão** do Superior Tribunal de Justiça seleciona cinco: a) a discussão que permeou a redação do artigo teve sempre a preocupação com a **fundamentação da decisão** que tivesse que empregar a técnica de ponderação; b) no âmbito da discussão da redação do artigo, **a ponderação não** foi usada em nenhum momento como elemento de **fundamentação da decisão**, **antes** os termos 'colisão' e 'ponderação' foram adotados pelo reconhecimento de que eles já vêm sendo usados como argumentos para fundamentar decisões controversas; c) não

houve a devida delimitação do tipo de norma **que pode ser** objeto da ponderação, o que acabou gerando discussões e controvérsias; d) não houve, na elaboração do Código, a preocupação em determinar claramente um método oficial de ponderação, sendo dificultado o controle pela doutrina da aplicação da técnica; e) **não é** qualquer caso que autoriza o uso da ponderação para fundamentar a sentença automaticamente, sendo importante salientar que ainda há a vigência **da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que** também tem métodos de resolução de antinomias.

Feito esse apanhado doutrinário, a corte constata um estado paradoxal **de coisas: a** ausência de critério claro de como e em quais casos deve ser usada a ponderação terminou por produzir receios de **que o dispositivo** em questão, que teve por finalidade diminuir a discricionariedade, acabou abrindo espaço para insegurança jurídica, dando abertura para que em sua aplicação surgissem decisões eivadas de aspectos subjetivos e alheios ao direito positivo (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online).

? Feita essas considerações, a corte lança mão da interpretação sistemática, à luz dos objetivos que orientam o **Código de Processo Civil**: o aprimoramento de técnicas processuais com a finalidade de alcançar maior efetividade na prestação jurisdicional e à orientação no sentido de criar uma jurisprudência íntegra, estável e coerente (Superior Tribunal de Justiça, 2017).

Neste sentido a corte fixa os seguintes entendimentos **sobre o tema**:

a) o **§ 2º do art. 489 do CPC/2015** estabelece balizas **para a aplicação** da técnica da ponderação visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade **da decisão judicial**, sem revogar outros critérios de resolução de antinomias, tais como os apresentados **na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**;

b) apenas se configura a nulidade por violação **do § 2º do art. 489 do CPC/2015** na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos **critérios gerais da ponderação** realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão **o motivo pelo qual** a ponderação foi necessária para solucionar **o caso concreto** e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador;

c) o exame da validade/**nulidade da decisão** que aplicar a técnica da ponderação **deve considerar o** disposto nos **arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015**, **segundo** os quais **a decisão judicial** constitui um todo unitário a ser interpretado **a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé**, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite;

d) em recurso especial, a pretensão de revisão do mérito **da ponderação**

efetuada pelo Tribunal de origem pressupõe que se trate de matéria

23

infraconstitucional, além da indicação, nas razões recursais, das normas conflitantes e das teses que embasam a sustentada violação/negativa de vigência da legislação federal;

e) tratando-se de decisão fundamentada eminentemente **na ponderação entre** normas ou princípios constitucionais, **não cabe ao** STJ apreciar a correção do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, **sob pena de** usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

Ou seja, a tese fixada pela corte determina como critério de nulidade por violação **do § 2º do art. 489 do CPC/2015** quando não for possível verificar, nos fundamentos da decisão, **o motivo pelo qual** a ponderação foi necessária **no caso concreto** e como se estruturou o juízo valorativo do aplicador. A respeito da validade da decisão que aplicar a técnica de ponderação, o Tribunal afirma **que devem ser** levados em consideração os dispostos no artigo 282 e 489, §3, do **Código de Processo Civil, segundo a qual** a decisão **deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos, em conformidade com o princípio da boa-fé**, ponto este que foi examinado acima na discussão sobre o artigo 489 **a partir da** doutrina de Nery (2018), não havendo nulidade quando não se verificar prejuízo à parte que o alega, ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte que possa se aproveitar da nulidade.

Quanto ao caso concreto, a corte atesta que a sua solução não é trivial no âmbito da hermenêutica constitucional, sendo antes considerada verdadeiramente o que se convencionou a chamar de hard case (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). O dispositivo da decisão consta como:

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial apenas quanto ao pedido de decretação da nulidade do acórdão recorrido e, nessa extensão, nego-lhe provimento. Na origem, os honorários sucumbenciais foram fixados, por equidade, em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) ficando majorados para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária **a partir da** publicação do presente acórdão, a serem pagos em favor da parte recorrida, **nos termos do art. 85, §§ 8º e 11, do CPC/2015. É o voto.** (Superior Tribunal de Justiça, 2017)

Deste modo, a corte decide no sentido de não acolher a pretensão da parte autora, não vislumbrando nulidade do acórdão, que é considerado pelo Tribunal como tendo motivação racional. Esse entendimento leva em consideração o fato de

acórdão recorrido ter, segundo a corte, enfrentado todas as questões relevantes necessárias à solução da controvérsia e também ter apresentado de forma clara o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada por meio da exposição das razões fáticas e também jurídicas que fundamentaram o seu convencimento pela

24

prevalência da liberdade de expressão (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Portanto, restou decidido o caso concreto pela adequação da decisão da instância inferior quanto à aplicação da ponderação de normas, afastando-se a tese da parte recorrente a respeito de sua alegada inadequação.

O Tribunal também fixa entendimento do que deve ser considerado adequado quando da aplicação do instituto da ponderação de normas, para eventuais casos futuros. O próprio Superior Tribunal de Justiça, classifica o caso como um hard case, demonstrando a complexidade que a ponderação pode apresentar em cada caso concreto, que, entretanto, teve uma solução para essa complexidade dada pela corte, a partir do estabelecimento de uma diretriz firmada por ela quando for necessária a avaliação da adequação do instituto no contexto da sua aplicação nos casos concretos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

? O presente artigo teve por objeto a compreensão da mudança ocorrida no Direito Processual Civil, quando o paradigma neoprocessualista se tornou dominante. Para tal, se examinou a técnica de ponderação de normas, que, como foi explicitado, constitui uma técnica que acabou ganhando mais relevo no processo civil quando da passagem para o paradigma neoprocessualista, podendo ser considerada uma técnica representativa dele.

Para compreender esse novo paradigma processual, a partir do método de pesquisa documental se examinou suas origens na história e na filosofia, a partir de uma mudança mais geral no Direito, da dominância da perspectiva positivista para a perspectiva pós-positivista, ocasionada no século 20. Também foi relacionado o neoprocessualismo com o novo paradigma do Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo.

Pontuada a importância que a ponderação de normas passa a ter neste contexto, se analisou o lugar desta técnica normativa no Novo Código de Processo Civil, momento em que também foi analisado o seu conceito por parte da doutrina. Essa discussão pôde ser melhor contextualizada quando foi examinado a sua aplicação na prática a partir da análise do Recurso Especial 1.765.579-SP, onde, no âmbito do caso concreto, a corte, na decisão, examinou a natureza da ponderação de princípios no Novo Código de Processo Civil, fixando teses de sua aplicação. A ponderação de normas constante no artigo 489 do CPC se revelou ter

25

aplicação complexa, podendo ocasionar o que o Tribunal chamou de hard case. Entretanto, no caso concreto objeto de estudo, a corte decidiu a questão, fixando também teses gerais sobre nulidade por violação do §2 do artigo 489 e sobre a ponderação de normas.

?

REFERÊNCIAS

26

ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da Ponderação à Brasileira. São Paulo: Revista de Processo, vol. 269/2017, p. 109-138, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil - vol. II. 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios - 18 ed. rev. e atual. - São Paulo:

Malheiros, 2018.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 48, n. 189, jan/mar. 2011.

BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico. Trad. Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. DOU, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. DOU, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, número vol.17, dez, 2008.

DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3 - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, vol. 14, n. 56, p. 74 - 107, out-dez, 2011.

MEIRA, Danilo Christiano Antunes e RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Colisão e ponderação de normas na elaboração do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. vol. 246. São Paulo: Ed. RT, 2015.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. -São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 26, 2006.

27

_____. O Processo Civil na Perspectiva **dos Direitos Fundamentais**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, vol. 2, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.765.579 - SP (2017/0295361-7), Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 2017.
Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>>;
Acesso em: 21 mai. 2025

TRIBUNAL DE JUSTIÇA **DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Apelação Cível nº 1024271-28.2015.8.26.0100, Relator Viviani Nicolau, São Paulo, 2016. **Disponível em:** <<https://www.tjsp.jus.br/Processos>>. Acesso em: 21 mai. 2025.

VAUGHN, Gustavo Favero; VEIGA, Natália Salva. Reflexões sobre a técnica da ponderação no Novo **Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol.971, set, 2016

=====

Arquivo 1: [TCC - Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco .pdf](#) (8146 termos)

Arquivo 2:

www.direto.net.com.br/noticias/exibir/20731/STJ-fixa-parâmetros-para-analisar-ponderação-de-princípios-novo-RECURSO (1812 termos)

Termos comuns: 442

Índice de similaridade antigo: 4,63%

Novo índice de similaridade: 5,42%

Índice de agrupamento: Alto

O texto abaixo é o conteúdo do documento **Arquivo 1**. Os termos em vermelho foram encontrados no documento **Arquivo 2**. Id da comparação: 3129581f50da09dx283

=====

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Salvador

2025

DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Artigo apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade Católica do
Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador
2025

2

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco¹
Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente artigo **tem como objetivo** compreender o neoprocessualismo sob o prisma da **aplicação da técnica de ponderação de** normas. Em um primeiro momento se situa a compreensão do paradigma neoprocessualista em seu contexto histórico e teórico mais amplo, relacionando o seu surgimento com acontecimentos da história recente e com uma mudança mais ampla de paradigma filosófico dentro do Direito, representada pela passagem do paradigma positivista para o pós-positivista. Em seguida, se analisa a relação do neoprocessualismo com o neoconstitucionalismo, novo paradigma do Direito Constitucional. Na sequência, se estuda **a ponderação de** normas propriamente dita, situando a técnica dentro do **Novo Código de Processo Civil**, bem como sua formulação conceitual na doutrina. Por fim, se examina **o Recurso Especial 1.765.579-SP** como estudo de caso, visando contextualizar a discussão em um **caso concreto**. O presente estudo foi construído tomando como método a pesquisa documental, mobilizando, além do julgado em questão, livros e artigos de autores que tem o mesmo tema como objeto.

Palavras-chave: Neoprocessualismo. Ponderação de Normas. Novo CPC.

Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. 3. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO. 4. NEOPROCESSUALISMO **NO NOVO CPC: A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE** NORMAS. 5. NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: O CASO **DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP**. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, não apenas como apenas sistema de normas mas sobretudo enquanto fenômeno teórico, passou por profundas transformações. Catastróficos acontecimentos do século 20, em especial a Segunda Guerra Mundial, motivaram o pensamento jurídico a reformular o seu paradigma filosófico, ou seja, seus aspectos teóricos mais amplos e fundamentais. Uma vez que que muitos daqueles

² Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodium, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador ? UCSAL, Professor de Direito da Universidade Católica do Salvador. E- mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.

¹ Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: danilo.pacheco@ucsal.edu.br

3

acontecimentos ocorreram sob a perfeita adequação ao Direito vigente à época, fez-se necessário pensar e construir um novo paradigma para o pensamento jurídico, com vistas a impedir que catástrofes como aquelas voltassem a ocorrer. Sendo o paradigma dominante naquele momento de crise o positivismo jurídico, surgiu como sua contraposição o pós-positivismo jurídico. A principal mudança que este novo paradigma apresentou foi a relativização da distinção entre Direito e Moral, admitindo-se, nesta perspectiva, critérios materiais de validade das normas. Essa mudança de orientação teórica influenciou tanto o Direito Constitucional como o Direito Processual Civil. No Direito Constitucional, como correspondente do pós-positivismo neste ramo, surge o neoconstitucionalismo, tendo por característica central o caráter normativo da constituição bem como a vinculação dos direitos fundamentais a todos os ramos do direito. Isso em forte contraste com a concepção positivista de constituição, que atribuía a esta um caráter meramente formal. Já no âmbito do Direito Processual Civil, o pensamento consequente ao pós-positivismo é o neoprocessualismo que tem por principal característica o maior relevo dos princípios e dos valores dentro do processo. Central no neoprocessualismo é a busca por acesso à justiça, bem como a mitigação dos excessos formalistas do paradigma anterior.

Uma mudança que se sobressai no Direito Processual Civil quando da passagem para o paradigma neoprocessualista é o maior relevo da **técnica de ponderação de** normas sobre a técnica de subsunção. A subsunção é a tradicional aplicação da norma certa aos fatos, já a ponderação, no Direito Brasileiro, aparece no **Código de Processo Civil** no artigo art. 489, § 2, no contexto da sentença, onde, havendo hipótese de colisão de normas, o juiz deverá justificar o objeto e **critérios gerais da ponderação efetuada**, explicitando as razões de afastamento de uma das normas e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Para cumprir tal objetivo, será usado como estudo de caso a análise do REsp 1.765.579 - SP, onde **a ponderação de** normas é aplicada e também discutida em decisão pelo **Superior Tribunal de Justiça**. A pergunta central do artigo é: como é exercida **a ponderação de** normas na prática, técnica representativa do novo paradigma neoprocessualista?

4

Neste sentido, o objetivo deste trabalho é compreender essas mudanças teóricas que o Direito passa, em especial no Direito Processual Civil. Para tal, se investigará especialmente a **técnica de ponderação de** normas, uma vez que a

mudança para uma maior relevância da **técnica de ponderação** sobre a subsunção constitui-se como uma das mais significativas que ocorreram quando da passagem ao novo paradigma, o neoprocessualismo. O presente trabalho busca, portanto, através do método de pesquisa documental e revisão bibliográfica, compreender como essas mudanças teóricas se manifestam no âmbito do Direito Processual Civil.

2 NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

? A necessidade de se pensar um novo paradigma para o pensamento jurídico remonta ao século 20. Uma vez tendo-se derrotado os regimes totalitários no continente europeu, se constatou indispensável a tarefa da **criação de uma** nova estrutura teórica para o Direito que estabelecesse, por um lado, direitos e garantias individuais que protegessem o cidadão de eventuais abusos pelo Estado ou quaisquer outras formas de poder e, por outro, mecanismos de controle da Constituição, ocasionando a criação da assim chamada jurisdição constitucional (CAMBI, 2008). É importante, entretanto, que inicialmente se compreenda as características do paradigma anterior ao que seria contraposto posteriormente em resposta a essa crise: O positivismo jurídico. Segundo Bobbio (2015), o positivismo pode ser compreendido tanto como modo de aproximar-se do Direito, tanto como uma teoria ou concepção do mesmo ou ainda como uma ideologia de justiça (BOBBIO, 2015).

Como modo de se aproximar do Direito, o positivismo jurídico seria marcado pela clara distinção entre Direito real e Direito ideal. Seria justamente pela ênfase no Direito real em contraposição ao ideal que ele se caracterizaria. Essa ênfase conferiria ao positivismo jurídico um caráter que poderia ser chamado de científico (BOBBIO, 2015).

Já como teoria do Direito, o positivismo jurídico se caracteriza por acentuar fortemente a ligação do Direito com o Estado, ou seja, o positivismo seria uma teoria estatalista do Direito. Ainda **de acordo com** Bobbio (2015), isso confere à teoria positivista algumas consequências: a) Com relação à definição do Direito, a teoria

5

da coatividade, que o define como sistema de normas que se fazem valer pelo uso da força. b) Com relação a teoria da norma, a teoria imperativista, **de acordo com** a qual a norma jurídica é um comando; c) Com relação às fontes do Direito, a supremacia da lei sobre as demais fontes; d) Com relação ao ordenamento jurídico, a ele é atribuído o caráter de completude e, por consequência, de ausência de antinomias; e e) Em relação ao método da ciência jurídica, a consideração da atividade do jurista como essencialmente lógica (BOBBIO, 2015).

Por fim, ainda segundo Bobbio (2015), como ideologia, o positivismo jurídico representa a crença em certos valores. Esses valores atribuem ao Direito existente um valor positivo independente de qualquer Direito ideal. Isso ocorre de duas maneiras: a) O Direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, ou seja, como emanção de uma vontade dominante, é justo no sentido de que o critério **para avaliar a** sua justiça seria exatamente o mesmo que seria usado para julgar sua validade ou invalidade; e b) o Direito positivo serve, por sua própria existência e independente de qualquer valor moral, à consecução de certos fins desejáveis, como a ordem, a paz e de modo geral à justiça legal. Desses dois valores, segue-se que, para a ideologia positivista, a norma jurídica deve ser obedecida de per si (BOBBIO, 2015).

? Por mais estruturado que fosse o pensamento positivista, ele enfrentou sérias críticas, sobretudo no decorrer do século 20. Decisões extremamente apartadas de qualquer noção de justiça como as que atravessaram todo o regime fascista e nazista não poderiam mais ser aceitas pela sociedade (BICALHO et al, 2011). Nesse contexto histórico dramático, se abriu um ambiente propício para renovação dentro do pensamento jurídico, e é neste contexto que surge o pós-positivismo ou o não positivismo (BICALHO et al, 2011). Segundo Bicalho e Fernandes (2011) a crise do pensamento positivista pode ser explicitada em duas razões centrais: a) a pluralidade das sociedades pós-modernas, que acabaram evidenciando a limitação da noção de completude do sistema positivo codificado; e b) pela dificuldade apresentada pela concepção positivista quando da necessidade de mitigar a aplicação de normas positivas, quando for o caso de ser flagrante que as soluções por elas apresentadas no momento da aplicação forem absurdas ou desproporcionais (como no caso do sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista) (BICALHO et al, 2011).

6

? O pós-positivismo conta como adeptos autores como Alexy, Dworkin, Bonavides e Barroso, dentre outros (BICALHO et al, 2011). Apesar desses autores possuírem entre si discordâncias dentro de suas perspectivas teóricas, um fio comum entre eles pode ser apontado como: a relativização da separação entre Direito e Moral, bem como a admissão de critérios materiais para a validade das normas. Uma vez que uma crítica central ao positivismo jurídico é a falta de critérios valorativos **para a aplicação das normas**, o pós-positivismo trabalha no sentido de conferir bases axiológicas, ou seja valorativas, para a sua aplicação, principalmente a partir do Direito Constitucional (BICALHO et al, 2011).

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO

? Diante deste contexto de mudança teórica, o Direito considerado enquanto sistema de normas foi expressivamente afetado em seus ramos, sobretudo em dois dos mais fundamentais deles : o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil. A mudança que se estabeleceu como decorrência dos fenômenos analisados no tópico acima no âmbito do Direito Constitucional é o que se denomina neoconstitucionalismo, que representa um novo paradigma dentro do Direito Constitucional. As alterações mais importantes que este novo paradigma apresenta, segundo Cambi (2008), podem ser sistematizadas em três aspectos distintos. O primeiro desses aspectos é o histórico e já foi delineado em suas linhas centrais no tópico anterior. Cumpre apenas destacar como marco legislativo a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, isto é a Grundgesetz, a Constituição alemã. Outras constituições também se compõem como marco da mudança para o paradigma neoconstitucionalista, quais sejam, as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978). No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 sofre forte influência desses marcos legislativos, sobretudo por se caracterizar historicamente como passagem de um regime autoritário para um democrático, lançando as bases para um Estado Democrático de Direito no Brasil. Segundo Cambi (2008), apesar de a Constituição brasileira ter sofrido diversas reformas constitucionais ao longo do tempo, ela logrou criar uma cultura jurídica de valorização de um sentimento constitucional. Após sua promulgação, diversos episódios de instabilidade política, próprios da história recente do Brasil,

7

encontraram nela soluções, criticáveis ou não, de manutenção da estabilidade democrática. O segundo aspecto da alteração é o filosófico e também foi delineado em linhas gerais no tópico anterior, qual seja, a passagem para a tendência pós-positivista. Cumpre apenas destacar o papel dos princípios, que para essa nova matriz teórica, deixam de ter aplicação meramente secundária, isto é, de ter a função de apenas colmatar lacunas e passam agora a ter relevância jurídica na confirmação judicial de direitos (CAMBI, 2008).

Além dos aspectos históricos e filosóficos, o neoconstitucionalismo representa também expressivamente mudanças de natureza teórica. **De acordo com** Cambi (2008), seguindo a linha do pensamento do professor e ministro Luís Roberto Barroso, as mudanças teórica trazidas pelo novo paradigma podem ser divididas em três vertentes: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Segundo o autor, ao afirmar que as normas constitucionais têm força normativa, com isso estamos reconhecendo que a

Constituição não é apenas uma carta política mas tem conteúdo jurídico imperativo. Isto é, a partir do momento em que se reconhece a Constituição como lei, seus princípios e regras devem ter normatividade, regulando condutas e produzindo expectativas de comportamentos. Essa é uma concepção nova de Constituição, uma vez que se contrapõe a visão clássica, onde a carta constitucional era encarada apenas como declaração política, programa de futuro ou também mera exortação moral (CAMBI, 2008).

Neste contexto, a positividade da norma constitucional é sobretudo a vinculação positiva do legislador a ela, bem como **de todos os** órgãos concretizadores do Estado, seja o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário, que devem encarar a Constituição como diretivas materiais permanentes. Por fim, ela passa a funcionar como limites materiais negativos para o poder público em geral, passando a ser considerados inconstitucionais os atos que sejam contrários a ela (CAMBI, 2008).

Uma consequência dessa expansão da normatividade constitucional é a expansão da jurisdição constitucional. Ela se reflete na realidade **do Direito brasileiro em** especial pelo controle de constitucionalidade, havendo agora uma ampliação considerável deste mecanismo. A Constituição de 1988 acabou ampliando o controle

8

abstrato de constitucionalidade, alargando os legitimados ativos para propor as ações que o compõem e, também, criando outros instrumentos de jurisdição constitucional como por exemplo a Ação Direta de Constitucionalidade (CAMBI, 2008).

Por fim, a última vertente elencada por Cambi (2008) que expressa a mudança representada pelo neoconstitucionalismo em seu aspecto teórico, é o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Aqui se trata sobretudo da constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais (CAMBI, 2008).

Para o autor, houve uma mudança do centro gravitacional hermenêutico, ou seja interpretativo, dos códigos para a constituição. Essa nova orientação interpretativa não rompeu completamente com os clássicos métodos de interpretação jurídica, os tradicionais métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico: antes a nova dogmática de interpretação constitucional trazida pelo neoconstitucionalismo informa o intérprete que lançar mão dos métodos tradicionais, da teoria dos princípios, em prevalência sobre a teoria das regras. Segundo Cambi (2008), **de acordo com** a teoria das regras, prevalece a dicotomia validade-invalidade, ou seja, diante de uma antinomia, o intérprete lançaria mão de critérios tradicionais como *lex superior derogat inferior*, *lex specialis derogat generalis* e *lex posterior*

derrogat priori. Mas, de maneira mais significativa para o autor, a característica fundamental que a teoria das regras conferire à hermenêutica jurídica é a de tudo ou nada. Agora, com a primazia da teoria dos princípios, torna-se possível um ajuste às pretensões sociais legítimas, permitindo-se, por exemplo, solucionar-se colisões entre direitos fundamentais (CAMBI, 2008).

Particularmente, dessa mudança na interpretação jurídica, na qual existe, agora, um forte relevo e evidência da Constituição para o intérprete do Direito na aplicação, uma consequência direta se apresenta a outro ramo do Direito além do Direito Constitucional: o Direito Processual Civil. Entretanto, para que se possa compreender as mudanças apresentadas neste ramo como consequência dos fenômenos discutidos até então, é necessário analisar suas etapas de desenvolvimento.

As etapas de evolução do Direito Processo Civil são sobretudo metodológicas, podendo ser divididas em quatro fases (LOURENÇO, 2011). As

9

fases são: a) praxismo ou fase sincretista; b) processualismo ou fase do autonomismo; c) instrumentalismo; e por fim d) neoprocessualismo ou formalismo valorativo ou formalismo ético (LOURENÇO, 2011).

Em um primeiro momento, na fase do praxismo, o que se dava era a completa confusão entre o direito material e o direito processual. Nesta fase o Direito Processual não era autônomo, tendo pouca fundamentação teórica e científica construída pelos juristas. Entretanto, estudos de juristas alemães no século 19 sobre a natureza da ação e do processo contribuíram para a superação dessa etapa metodológica (LOURENÇO, 2011).

Superada essa etapa, surge a fase do processualismo, com a perspectiva de autonomia do processo. Agora ele começa a ser estudado mais profundamente e suas bases são lançadas cientificamente, em separado do direito material. Segundo Lourenço (2011), é nesta etapa, pela preocupação dos juristas em conferir autonomia ao processo em relação ao direito material, que surge o formalismo exagerado, ou seja, estudar o processo em si, sem a preocupação de que esse estudo possa fazer alguma referência imediata à realidade.

Interessante reflexão sobre o formalismo foi delineada por Oliveira (2006).

Refletindo sobre o formalismo processual, o autor o caracteriza, em sentido amplo, como a totalidade formal do processo, considerando especialmente a delimitação dos poderes. Forma, para esse autor, significa começo e fim, circunscrição de material a ser formado, estabelecimento de limites de ação e cooperação dos agentes dentro do processo (OLIVEIRA, 2006). O formalismo, para ele, visa controlar, sobretudo, eventuais excessos que as partes possam cometer, conferindo

ordem ao procedimento. Segundo o autor, o formalismo se constitui enquanto elemento não só de efetividade como de segurança do processo. Entretanto, com o passar do tempo, o pensamento formalista sofreu desgaste e passou a ser um formalismo excessivo.

O problema, segundo ele, é que esse poder organizador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do litígio acabe resultando em uma aniquilação do próprio direito ou em um retardamento irrazoável do processo (OLIVEIRA, 2006). Neste caso o formalismo acaba obstando que o instrumento atinja sua finalidade, a que sugere o autor que o jurista lance mão de uma atitude mais aberta, entretanto sem desprezar o formalismo, considerando que no caso do sistema brasileiro, este

10

possui meios suficientes para a solução, que, segundo ele, tem a forma de uma antinomia entre justiça e formalismo.

No terceiro momento de evolução metodológica, a fase do instrumentalismo, o processo passa a ser considerado como instrumento do direito material. Essa postura metodológica do Direito Processual, aparece agora como forma de corrigir os excessos formalistas da etapa metodológica anterior, que foi encarada como excessivamente técnica. Agora o processo não é visto como um fim em si mesmo, tendo surgido nesta etapa as ideias de promoção de maior acesso à justiça. Essa fase é, portanto, mais crítica (LOURENÇO, 2011).

Por fim, em sua última etapa de desenvolvimento metodológico, surge o neoprocessualismo ou formalismo valorativo, ou ainda formalismo ético. Nesta fase é onde o instrumentalismo interage com as mudanças de paradigma que ocorreram no Direito Constitucional. Oliveira (2014), ao refletir sobre essa última mudança no pensamento processual, chega mesmo a afirmar que se o processo não pode mais ser compreendido como mera técnica e sim como instrumento de realização de valores, em especial, valores constitucionais, podemos considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Lourenço (2011), sintetizando os pontos centrais da passagem ao paradigma neoprocessualista no Direito Processual Civil, os elenca como **uma série de** substituições: a) princípios no lugar de regras, ou pelo menos mais princípios do que regras); b) ponderação no lugar de subsunção, ou pelo menos, mais ponderação do que subsunção); c) justiça particular em vez de justiça geral, ou ainda, mais análise individual e concreta que geral e abstrata; d) Poder Judiciário em vez de Poder Executivo ou Legislativo, ou mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo ou Executivo; e) Constituição no lugar da lei, ou, maior e mais direta aplicação da Constituição no lugar da lei.

Para os fins do presente artigo, a compreensão da mudança que a passagem

ao paradigma neoprocessualista ocasiona, se analisará de modo mais detido o ponto central elencado acima no item ?b? pelo autor, a prevalência da ponderação sobre a subsunção. Para tal se estabelecerá tanto o lugar da **técnica de ponderação de normas** no **Código de Processo Civil**, quanto a sua definição na doutrina.

11

4 NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS

O **Código de Processo Civil de 2015** é um marco da passagem ao neoprocessualismo nos termos acima delineados (VAUGHN et al, 2016). Já em seu primeiro artigo, ele consagra a interpretação constitucionalizada **de todos os** dispositivos nele contidos, reconhecendo em seu âmbito a força normativa da constituição (VAUGHN et al, 2016). Como ficou claro na discussão dos tópicos anteriores, é precisamente a presença mais forte do Direito Constitucional no Direito Processual Civil a característica central do paradigma neoprocessualista.

Neste mesmo sentido, uma mudança significativa com o advento **do Novo Código de Processo Civil de 2015** foi no âmbito **do dever de fundamentação** das decisões judiciais, consagrado no art. 489 do referido diploma (VAUGHN et al, 2016). O artigo 489 estabelece que:

Art. 489. São **elementos essenciais da sentença**:

- I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
- II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer **decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão**, que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar **todos os argumentos** deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso **de colisão entre normas**, o juiz deve justificar o objeto e os **critérios gerais da ponderação efetuada**, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º **A decisão judicial** deve ser interpretada **a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.**(BRASIL, 2015)

Esse dispositivo específico tem por inspiração direta **o artigo 93, IX, da Constituição Federal**, e determina certos critérios de qualidade a serem preenchidos **para que a** decisão possa ser considerada fundamentada. A razão de ser da

12

importância conferida à fundamentação é a defesa do jurisdicionado em relação aos eventuais julgamentos arbitrários que ele possa ser submetido (VAUGHN et al, 2016).

Entretanto, sendo objeto de estudo do presente artigo mais especificadamente **a ponderação de** normas, o dispositivo central a ser analisado é o parágrafo segundo do artigo 489. O parágrafo em questão possui a seguinte redação:

§ 2º No caso **de colisão entre normas**, o juiz deve justificar o objeto e os **critérios gerais da ponderação efetuada**, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 2015)

Para que se possa compreender o artigo em questão, é necessário examinar o conceito **de ponderação de** normas na doutrina, tarefa que encontra na obra de Ávila (2018) uma contribuição notável.

Segundo o autor, normas jurídicas podem ser compreendidas como o resultado final da interpretação. A interpretação propriamente dita tem como objeto imediato os dispositivos jurídicos (ÁVILA, 2018). É possível, por exemplo, haver normas sem que haja um dispositivo específico e determinado a ela diretamente vinculados. Por exemplo, no caso do princípio da segurança jurídica. O autor, após reconstruir de maneira crítica a história da conceituação das espécies normativas por parte da doutrina, desenvolve a sua própria definição a respeito delas. Segundo ele:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2018, p. 102)

Ou seja, para ele, regras são normas descritivas, retrospectivas que tem como função ser parâmetro para decisão e serem abrangentes, tendo, na aplicação, a necessidade de se avaliar a correspondência entre os fatos e ela. Já os princípios são normas voltadas para um fim, tendo como função primordial ser uma orientação prática.

13

Existe, entretanto, além dos princípios e das regras, uma outra espécie de norma de fundamental importância: os postulados normativos. Essa espécie de norma é imediatamente metódica. Elas instituem critérios de aplicação para outras normas, que, essas sim, se situam no plano do objeto da aplicação (ÁVILA, 2018). Um desses postulados normativos é precisamente a ponderação. Segundo Ávila, a **ponderação de** bens consistiria em um:

Método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil **para a aplicação do Direito**. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios (ÁVILA, 2018, p. 185).

Salienta também o autor que é importante separar e apreciar a sutileza dos elementos envolvidos na ponderação, quando da sua aplicação, quais sejam: a) os bens jurídicos; b) os interesses; c) os valores; por fim, d) os princípios. Os bens jurídicos seriam situações, estados ou propriedade essenciais particulares da promoção dos princípios jurídicos. Os interesses são os próprios bens jurídicos enquanto vinculados a algum sujeito que os procura obter. Já os valores são o

aspecto axiológico, ou seja, valorativo, das normas, indicando o que é bom, isto é, o que é digno de ser buscado ou preservado. Por fim os princípios propriamente ditos, são, para o autor, o aspecto deontológico dos valores, que além de demonstrar que algo deve ser buscado, determinam que este algo deve também ser promovido (ÁVILA, 2018).

Em relação às etapas da ponderação, isto é, as etapas da aplicação dessa espécie de norma, o mesmo autor a divide em três: a) preparação da ponderação (Abwägungsvorbereitung, em alemão, idioma no qual o conceito se originou); b) realização da ponderação (Abwägung); e, por fim, c) reconstrução da ponderação (Rekonstruktion der Abwägung). A primeira etapa, a da preparação da ponderação, é onde se analisam todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível. Na segunda etapa, a da realização da ponderação, o intérprete que aplica a ponderação vai fundamentar a relação estabelecida entre os objetos de sopesamento.

No caso da ponderação, nessa etapa deve ser indicado a relação da primazia de um objeto ponderado sobre o outro. Por fim, na reconstrução da

14

ponderação, se formam regras de relação, inclusive de primazia de um objeto sobre o outro, com pretensão de validade para além do caso (ÁVILA, 2018). Por fim, o autor destaca que os critérios de ponderação podem ser vários, devendo, entretanto, ter o intérprete que vai aplicar essa espécie normativa, a maior atenção aos princípios constitucionais e, também, as regras de argumentação que podem ser construídas a partir deles.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a ponderação de normas aparece no **Código de Processo Civil** no § 2.º do art. 489 do CPC. Segundo Arenhart, Marinoni e Mitidiero, o Código de 2015 apresenta ao todo três postulados normativos ou seja, como visto acima, tipos de normas que têm como objeto a aplicação de outras normas: proporcionalidade, razoabilidade e ponderação (Arenhart et al, 2015). A proporcionalidade é o postulado normativo que visa estruturar a aplicação de duas normas que mantêm entre si relação de meio e fim. Já a razoabilidade, é o segundo postulado constante no **Código de Processo Civil**, e tem três acepções básicas, razoabilidade como equidade, congruência e como equivalência; por fim, a ponderação de normas seria, no Código, o postulado normativo que visa atribuir peso a elementos que se entrelaçam. Cada um desses postulados existe para solucionar determinados problemas específicos, tendo cada um deles sua própria estrutura de aplicação, bem como sua particular exigência aplicativa quando for necessária a sua aplicação em cada caso concreto (Arenhart, 2015).

Ocorre que dentre as diversas maneiras que as normas podem se relacionar

entre si, no caso do §2 do art. 489 do CPC, a hipótese apresentada é a de que diferentes finalidades normativas apontam para soluções diversas ou mesmo opostas, quando for necessário aplicar todas elas: é o que o Código chama de ?colisão de normas?. Segundo os mesmos autores, quando o Código fala de ponderação, pode ser o caso de emprego do método de proporcionalidade, por exemplo. Caso seja hipótese de lançar mão do postulado da ponderação particularmente no caso, o juiz deve ?justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão?. Entretanto, caso seja hipótese de emprego da proporcionalidade, deve o magistrado explicitar a relação entre meio e fim bem como justificar argumentativamente a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da decisão. Ainda de acordo com a lição dos

15

autores, o emprego genérico de postulados normativos, sem qualquer ligação com suas funções previamente estabelecidas pelo código e aquilo que é autorizado judicialmente para cada caso concreto, constitui violação ao dever fundamental de fundamentação analítica (ARENHART et al, 2020).

5 NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: O CASO DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Examinando a posição da ponderação de normas no Código de Processo Civil, bem como sua conceituação na doutrina, passa-se agora ao exame de um caso em que essa técnica foi aplicada em um caso concreto, a saber, no recurso especial 1.765.579-SP. O estudo de caso do recurso em questão possibilitará a compreensão de como a ponderação de normas, técnica normativa que, como ficou claro nos tópicos anteriores, acabou ganhando destaque na passagem ao paradigma neoprocessualista, acontece na prática.

? O recurso especial 1.765.579-SP foi interposto pela Sociedade Beneficente Muçulmana impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em suas razões, a parte alegava a violação dos seguintes dispositivos (acrescidos das suas respectivas teses):

- a) art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 - apontando a omissão do acórdão recorrido quanto aos motivos para priorizar o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa; e
- b) art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015 - alegando que o Tribunal de origem não justificou os critérios gerais da ponderação de princípios conforme

determina a nova legislação processual, isto é, enunciando as razões que autorizavam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentaram a conclusão. (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

? A ação de origem é de natureza indenizatória e foi ajuizada pela Sociedade Beneficente Muçulmana contra a Google Brasil Internet Ltda. O objetivo era a remoção de vídeo disponível na plataforma YouTube da música ?Passinho do Romano?, sob a alegação de que tal conteúdo ofendesse a religião islâmica em virtude do uso indevido de passagens do Alcorão. De acordo com a parte autora, o videoclipe veiculado pela empresa ré, bem como a respectiva canção do gênero funk que o acompanha, utilizaram trechos remixados do Alcorão, livro considerado

16

sagrado para religião muçulmana, que, segundo a parte autora, somente poderiam ser recitados dentro de um contexto próprio da liturgia da religião em questão.

? O juízo de primeiro grau declarou improcedente a demanda, ressaltando que sendo a ré mera provedora de hospedagem do conteúdo, não possuiria dever de monitoramento e fiscalização permanente do sistema, de modo que ela não poderia ser responsabilizada pelos vídeos inseridos na plataforma YouTube por terceiros usuários. Mediante a ponderação dos princípios da liberdade de expressão e da liberdade religiosa, a sentença concluiu pela ausência de ilicitude pela razão de que a obra em si mesma considerada não possuiria elemento discriminatório (o assim chamado hate speech) sendo, antes, manifestação da cultura popular, tutelada constitucionalmente pelo direito à liberdade de expressão (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online).

? Tal entendimento foi corroborado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao negar a apelação da parte autora. No acórdão, a Corte estadual analisando os fatos e as provas, bem como o teor das mídias impugnadas, asseverou que "a canção sequer menciona ou faz alusão, positiva ou negativa, ao islamismo e seus seguidores", e a respeito da alegação da parte autora de que a mera incorporação à canção de trechos do Alcorão por si só configuraria ilicitude, salientou que: a inserção de trecho do Alcorão na música e nos vídeos pode ser conduta rechaçada pela religião islâmica e um desrespeito aos preceitos subjetivos dos muçulmanos, mas não é um desrespeito à liberdade de crença religiosa ou ao sentimento religioso, nem ato que rompe os limites do exercício da liberdade artística.

Aliás, como os direitos fundamentais se estendem a todos, a insatisfação da comunidade religiosa pode se manifestar no próprio campo do exercício da liberdade de expressão, sobretudo por meio da crítica, o que é inerente ao

jogo democrático de uma sociedade plural.

A insatisfação não constituirá razão suficiente, porém, para provocar a tutela jurisdicional do Estado e materializar um mecanismo de censura (**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, 2016, online)

? Ademais, segundo o entendimento da corte paulista, não se poderia proibir a reprodução de conteúdo de um livro religioso com fundamentos em dogmas erigidos pela própria obra, pois isso seria o mesmo que permitir que uma regra religiosa que vincula àqueles que a ela pertencem pudesse ser dotada de eficácia abstrata a todos indiscriminadamente (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online). Inconformada, a parte autora opôs embargos declaratórios alegando existência de omissão e obscuridade no acórdão. Segundo ela, o Tribunal se negou a analisar o real teor de suas alegações, quais sejam: a tese **de que a violação à liberdade**

17

religiosa decorreria da simples utilização dos trechos sagrados em vão, fora do contexto da liturgia (**Superior Tribunal de Justiça**, 2017, online). Sendo os aclaratórios rejeitados pela corte, houve ensejo a um recurso extraordinário e ao recurso especial, objeto do presente tópico.

? No **Recurso Especial** a recorrente alega mais uma vez a **nulidade do acórdão**, com base na violação do arts. 1.022 do CPC/2015 e do 489, §§ 1º e 2º, do **CPC/2015**. Em síntese, suas teses são:

(i) a suposta **omissão quanto aos motivos para priorizar o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa, e**

(ii) a **não explicitação dos critérios gerais da ponderação de princípios** efetuada, conforme disposto no § 2º do art. 489 do CPC/2015. (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online)

? A corte então apresentou sua argumentação em dois pontos: no primeiro, sobre a ausência de **violação do art. 1.022 do CPC/2015**; no segundo, sobre a motivação das decisões judiciais e da **técnica de ponderação** no CPC/2015 (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016). A respeito do primeiro, a corte reforça o entendimento da instância inferior, sustentando que o Tribunal indicou adequadamente os motivos que formaram o seu convencimento, não se vislumbrando nem omissão, nem contradição, obscuridade ou erro material para efeito do que dispõe **o art. 1.022 do CPC/2015**.

No segundo ponto, a argumentação vai se centrar **na hipótese de ponderação de normas**, ancorada **no art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015**. A recorrente afirma no recurso que o Tribunal não explicitou os critérios nem as razões adotadas para

conferir primazia à **liberdade de expressão** artística sobre a inviolabilidade de liturgia religiosa, princípios fundamentais assegurados nos incisos IX e VI do art. 5º da **Constituição Federal** de 1988, respectivamente (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online).

Antes de adentrar na análise dos debates constantes na decisão da corte, cumpre tecer uma análise mais detida acerca do Artigo 489. Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a motivação da sentença tem por finalidade imediata demonstrar ao próprio magistrado a lógica jurídica que legitima a decisão, mostrando à parte sucumbente que ela não é fruto da sorte e do acaso, antes decorrendo da lei (NERY, 2018).

A falta ou deficiência na fundamentação gera nulidade, **conforme o artigo 93, IX, da Constituição Federal**. Em relação ao §2 do artigo, os autores defendem que

18

se restrinja o uso da ponderação às normas constitucionais, como os princípios e direitos fundamentais, argumento levantado por eles que também será usado pelo Tribunal no contexto da discussão **do Recurso Especial** e será mais detalhadamente examinado abaixo. Quanto à interpretação **da decisão judicial**, os autores pontuam que ela deve ser interpretada levando em consideração **todos os seus** componentes em conjunto, devendo ser considerados como um todo orgânico. Ainda pontuam o dever de atitude de boa fé na interpretação da sentença, não devendo-se pautar ela pela distorção do que foi dito pelo juiz (NERY, 2018).

Prosseguindo agora **para a análise** do debate levantado na decisão pelo Tribunal, a corte, analisando detidamente o significado da demanda, afirma que: De certa forma, pode-se considerar que o objetivo derradeiro da norma é dar concretude ao que determina o **art. 93, inciso IX, da Constituição Federal**, garantindo **meios para que a interpretação corresponda à entrega de uma prestação jurisdicional efetiva** (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online)

? A que a sentença avalia que a norma em questão, a saber, § 2º **do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015**, suscitou controvérsias no meio doutrinário, em especial pela imprecisão da expressão **"colisão entre normas"**, bem como a incorporação no sistema brasileiro da complexa teoria da ponderação desenvolvida por Robert Alexy (**Superior Tribunal de Justiça**, 2016, online).

Aferindo a doutrina, o Tribunal referencia **uma série de** autores que examinaram o referido artigo. Os autores em questão são: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery; Georges Abboud e Júlio César Rossi; Fredie Didier; e Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues.

Segundo a lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a ponderação ali prevista deveria se limitar somente a direitos fundamentais e a princípios constitucionais. **De acordo com** eles:

"(...) A nosso ver, existe uma impropriedade na menção **à técnica de ponderação** neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica ? as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de que se refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais." (NERY, 2018, p. 1164)

Pelo trecho usado na decisão, pode-se concluir que os autores em questão são mais conservadores em relação **à técnica de ponderação**. Eles avaliam que a

19

existência dessa técnica surgiu com a finalidade de superar dificuldades na aplicação de normas que são do Direito Constitucional, como os direitos fundamentais e princípios constitucionais. Para eles, a utilidade da ponderação se restringe a situações em que, na aplicação dessas normas, forem insuficientes as regras da hermenêutica jurídica tradicional. Os autores defendem a posição de que não é adequada a interpretação de que qualquer antinomia pode ser resolvida por ponderação de normas.

? O Tribunal em seguida, mobiliza outros autores na análise, Georges Abboud e Júlio César Rossi, para os quais o dispositivo em questão seria inconstitucional: Há incompatibilidade substancial entre o que preceitua o **artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil** e o que determina nossa tradição em fundamentar toda **a decisão judicial** e administrativa, colocando em colapso a recém (e ainda mal compreendida) estrutura do próprio Código, notadamente ao negar vigência aos artigos 10, 11, 489, § 1º, 926 e 927.

A ponderação de regras - genuíno caso brasileiro - limita-se a uma decisão subjetiva do aplicador na medida em que escolheria de forma ad hoc, diante de um caso (ou de uma tese, como querem os vanguardistas), o qual das regras seria afastada em face desse sopesamento. Mais precisamente, ao ponderar regras, torna-se possível ao julgador afastar determinada prescrição legislativa sem realizar o controle de constitucionalidade da lei. Esse afastamento, sem a intermediação do controle difuso de constitucionalidade, é impensável em uma democracia. Daí a

inconstitucionalidade do § 2º, ele é um paradoxo porque **se trata de** dispositivo legal que pode dar vazão a uma **aplicação do direito** nos padrões da escola de direito livre, criticada desde P Heck (ABBOUD et al. 2017, p. 135)

Os autores aqui discutidos pela corte acreditam que **a ponderação de** normas contidas no § 2º **do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015** seria inconstitucional. Segundo eles, ao afastar uma norma em favor de outra, se estaria abrindo espaço para a subjetividade do juiz na decisão uma vez que esse afastamento seria feito de modo ad hoc, ou seja, de caso em caso. Além disso, segundo eles, ao afastar uma regra, sem antes passar pelo crivo do controle difuso de constitucionalidade, se estaria agindo de modo inconstitucional. Pelo trecho usado pelo Tribunal, pode-se inferir que os autores consideram o instituto da ponderação no **Código de Processo Civil** algo perigoso e que faria referência à escola de direito livre, que segundo eles, já tem sido criticada na doutrina há muito tempo.

Já para outro autor elencado na decisão, Fredie Didier, o dispositivo em questão deve apenas orientar como o julgador deve agir e determinar o conteúdo mínimo da decisão em hipótese de conflito normativo. Segundo ele:

20

O primeiro passo é saber se **se trata de conflito entre** regras ou entre princípios.

Segundo Alexy, para solucionar um conflito entre regras é necessário que uma das regras integre uma hipótese de exceção à outra, ou então que uma delas seja invalidada e expurgada do ordenamento, em nome da subsistência da outra, verificando-se, pois, se a regra está dentro (como exceção) ou fora (por invalidação) do ordenamento. Dessa forma, constatada a contradição entre 'juízos concretos de dever-ser', se ela não pode ser sanada com a inserção de uma 'cláusula de exceção' em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada.

Essa não é, contudo, a solução para a colisão entre princípios. Nesses casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado. Na verdade, em uma 'dimensão de pesos' (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro - caso em que o conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento.(DIDIER, 2018, p. 373-374)

? Neste caso, o autor destaca que o primeiro passo **na hipótese de** conflito de normas é estabelecer se **se trata de conflito entre** regras ou entre princípios, dois tipos básicos de norma, como se demonstrou no tópico acima. Para ele, seguindo a linha do pensamento de Robert Alexy, em se tratando de conflito de regras, caso não se possa sanar a contradição entre elas, uma exclui a outra **em caso de conflito**, sendo uma válida e outra inválida. De modo diferente ocorre quando há conflito entre os princípios, onde o que se leva em consideração é o **?peso?** de cada um deles, devendo o aplicador verificar na situação prática do caso concreto qual pesa mais que o outro, devendo este ter preferência sobre o outro.

? E ainda, segundo a doutrina do autor citado pela corte, aprofundando a discussão, refletindo sobre a distinção entre princípios e regras, afirma ser partidário da tese **de que a** ponderação também pode ser usada **na hipótese de** eventual conflito de regras:

As regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias; às regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão de ponderação.

Nas suas palavras, 'a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador

O importante é que, qualquer que seja **a técnica utilizada para superar o conflito normativo**, ela **exige do juiz** uma justificação. Não basta dizer, por exemplo, que uma regra constitui exceção do que diz a outra, ou que, **no caso concreto**, um determinado princípio deve prevalecer sobre outro (DIDIER, 2018, p. 374-375)

21

? Segundo o autor, portanto, é o caso de utilizar a **técnica de ponderação** também as regras. Por fim, ele declara que em todas as hipóteses que for preciso usar **a ponderação de** normas, deve o juiz justificar ela, sendo este ponto muito importante.

Em seguida, na decisão, o Tribunal menciona a doutrina de Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues, que é voltada a reconstruir os debates legislativos travados na ocasião da confecção do diploma processual. A respeito **do § 2º do art. 489 do CPC/2015**, a corte ressalta a conclusão dos autores

sobre alguns pontos:

Primeiro ponto: por trás da redação do dispositivo que incluiu a previsão de colisão e ponderação de normas no **novo Código de Processo Civil**, sempre esteve presente - e de maneira inequívoca - a preocupação com a adequada exposição das razões que justificam as decisões jurídicas, especialmente daquelas que se fundamentam em conceitos indeterminados princípios e demais elementos que poderiam ocultar decisões subjetivas.

Segundo ponto: em nenhum momento foi proposta uma redação que indicasse uma sugestão ou determinação do uso da ponderação como elemento de **fundamentação de decisão**. Os termos 'colisão' e 'ponderação' foram incluídos no novo Código pelo reconhecimento de que eles já constituem argumentos usados para fundamentar decisões questionáveis. Quinto ponto: não houve preocupação quanto à definição qualitativa e/ou formal da norma passível de colisão e, por conseguinte, que enseje ponderação. Em tese, da redação do enunciado podem derivar confusões de diversas ordens.

Sexto ponto: não se viu na elaboração **do novo Código** qualquer preocupação quanto à definição de algo como um método oficial de ponderação. O único pressuposto da ponderação é a colisão de normas. Por conseguinte, não há espaço para controle de doutrinalidade das decisões: atendidos os requisitos impostos pelo art. 489, uma decisão não pode ser considerada inválida por não ter seguido a fórmula de ponderação do X ou Y.

Sétimo ponto: mesmo assim, não é qualquer caso de colisão de normas que habilita o uso da ponderação para fundamentar uma sentença. Os **critérios de resolução de antinomia apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, por exemplo, não foram revogados pelo novo Código. Lei posterior continua revogando a anterior, a lei especial continua revogando a geral, etc. (MEIRA, 2015, p. 79-80).

? Os autores levantam alguns pontos a respeito da **técnica de ponderação de normas**, a que a decisão do **Superior Tribunal de Justiça** seleciona cinco: a) a discussão que permeou a redação do artigo teve sempre a preocupação com a **fundamentação da decisão** que tivesse que empregar a **técnica de ponderação**; b) no âmbito da discussão da redação do artigo, a ponderação não foi usada em nenhum momento como elemento de **fundamentação da decisão**, antes os termos ?colisão? e ?ponderação? foram adotados pelo reconhecimento de que eles já vêm sendo usados como argumentos para fundamentar decisões controversas; c) não

houve a devida delimitação do tipo de norma que pode ser objeto da ponderação, o que acabou gerando discussões e controvérsias; d) não houve, na elaboração do Código, a preocupação em determinar claramente um método oficial de ponderação, sendo dificultado o controle pela doutrina da **aplicação da técnica**; e) não é qualquer caso que autoriza o uso da ponderação para fundamentar a sentença automaticamente, sendo importante salientar que ainda há a vigência da **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que também tem métodos de resolução de antinomias**.

Feito esse apanhado doutrinário, a corte constata um estado paradoxal de coisas: a ausência de critério claro de **como e em quais casos deve ser** usada a ponderação terminou por produzir receios de que o dispositivo em questão, que teve por finalidade diminuir a discricionariedade, acabou abrindo espaço para insegurança jurídica, dando abertura para que em sua aplicação surgissem decisões eivadas de aspectos subjetivos e alheios ao direito positivo (**Superior Tribunal de Justiça, 2017, online**).

? Feita essas considerações, a corte lança mão da interpretação sistemática, à luz dos objetivos que orientam o **Código de Processo Civil**: o aprimoramento de técnicas processuais com a finalidade de alcançar maior efetividade na prestação jurisdicional e à orientação no sentido de criar **uma jurisprudência íntegra, estável e coerente** (**Superior Tribunal de Justiça, 2017**).

Neste sentido a corte fixa os seguintes entendimentos **sobre o tema**:

- a) **o § 2º do art. 489 do CPC/2015 estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade da decisão judicial, sem revogar outros critérios de resolução de antinomias, tais como os apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;**
- b) **apenas se configura a nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador;**
- c) **o exame da validade/nulidade da decisão que aplicar a técnica da ponderação deve considerar o disposto nos arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015, segundo os quais a decisão judicial constitui um todo unitário a ser interpretado a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite;**

d) em recurso especial, a pretensão de revisão do mérito da ponderação efetuada pelo Tribunal de origem pressupõe que se trate de matéria

23

infraconstitucional, além da indicação, nas razões recursais, das normas conflitantes e das teses que embasam a sustentada violação/negativa de vigência da legislação federal;

e) tratando-se de decisão fundamentada eminentemente na ponderação entre normas ou princípios constitucionais, não cabe ao STJ apreciar a correção do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

Ou seja, a tese fixada pela corte determina como critério de nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 quando não for possível verificar, nos fundamentos da decisão, o motivo pelo qual a ponderação foi necessária no caso concreto e como se estruturou o juízo valorativo do aplicador. A respeito da validade da decisão que aplicar a técnica de ponderação, o Tribunal afirma que devem ser levados em consideração os dispostos no artigo 282 e 489, §3, do Código de Processo Civil, segundo a qual a decisão deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos, em conformidade com o princípio da boa-fé, ponto este que foi examinado acima na discussão sobre o artigo 489 a partir da doutrina de Nery (2018), não havendo nulidade quando não se verificar prejuízo à parte que o alega, ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte que possa se aproveitar da nulidade.

Quanto ao caso concreto, a corte atesta que a sua solução não é trivial no âmbito da hermenêutica constitucional, sendo antes considerada verdadeiramente o que se convencionou a chamar de hard case (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). O dispositivo da decisão consta como:

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial apenas quanto ao pedido de decretação da nulidade do acórdão recorrido e, nessa extensão, nego-lhe provimento. Na origem, os honorários sucumbenciais foram fixados, por equidade, em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) ficando majorados para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária a partir da publicação do presente acórdão, a serem pagos em favor da parte recorrida, nos termos do art. 85, §§ 8º e 11, do CPC/2015. É o voto. (Superior Tribunal de Justiça, 2017)

Deste modo, a corte decide no sentido de não acolher a pretensão da parte autora, não vislumbrando nulidade do acórdão, que é considerado pelo Tribunal

como tendo motivação racional. Esse entendimento leva em consideração o fato de acórdão recorrido ter, segundo a corte, enfrentado **todas as questões relevantes necessárias à solução da controvérsia** e também **ter apresentado de forma clara** o objeto e os **critérios gerais da ponderação efetuada** por meio da exposição das razões fáticas e também jurídicas que fundamentaram o seu convencimento **pela**

24

prevalência da liberdade de expressão (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Portanto, restou decidido **o caso concreto** pela adequação da decisão da instância inferior quanto à aplicação da ponderação de normas, afastando-se a tese da parte recorrente a respeito de sua alegada inadequação.

O Tribunal também fixa entendimento do que deve ser considerado adequado quando da aplicação do instituto da ponderação de normas, para eventuais casos futuros. O próprio **Superior Tribunal de Justiça**, classifica o caso como um hard case, demonstrando a complexidade que a ponderação pode apresentar em cada caso concreto, que, entretanto, teve uma solução para essa complexidade dada pela corte, a partir do estabelecimento de uma diretriz firmada por ela quando for necessária a avaliação da adequação do instituto no contexto da sua aplicação nos casos concretos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

? O presente artigo teve por objeto a compreensão da mudança ocorrida no Direito Processual Civil, quando o paradigma neoprocessualista se tornou dominante. Para tal, se examinou a **técnica de ponderação de** normas, que, como foi explicitado, constitui uma técnica que acabou ganhando mais relevo no processo civil quando da passagem para o paradigma neoprocessualista, podendo ser considerada uma técnica representativa dele.

Para compreender esse novo paradigma processual, a partir do método de pesquisa documental se examinou suas origens na história e na filosofia, a partir de uma mudança mais geral no Direito, da dominância da perspectiva positivista para a perspectiva pós-positivista, ocasionada no século 20. Também foi relacionado o neoprocessualismo com o novo paradigma do Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo.

Pontuada a importância que **a ponderação de** normas passa a ter neste contexto, se analisou o lugar desta técnica normativa no **Novo Código de Processo Civil**, momento em que também foi analisado o seu conceito por parte da doutrina. Essa discussão pôde ser melhor contextualizada quando foi examinado a sua aplicação na prática **a partir da análise do Recurso Especial 1.765.579-SP**, onde, no âmbito do **caso concreto**, a corte, na decisão, examinou a natureza da **ponderação de princípios no Novo Código de Processo Civil**, fixando teses de sua aplicação.

A **ponderação de** normas constante **no artigo 489 do CPC se** revelou ter

25

aplicação complexa, podendo ocasionar o que o Tribunal chamou de hard case. Entretanto, **no caso concreto** objeto de estudo, a corte decidiu a questão, fixando também teses gerais sobre **nulidade por violação do §2 do artigo 489 e sobre a ponderação de** normas.

?

REFERÊNCIAS

26

ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da Ponderação à Brasileira. São Paulo: Revista de Processo, vol. 269/2017, p. 109-138, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso **de Processo Civil** - Teoria **do Processo Civil** - vol. II. 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios - 18 ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2018.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 48, n. 189, jan/mar. 2011.

BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico. Trad. Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. DOU, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. DOU, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, número vol.17, dez, 2008.

DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3 - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências **no Novo CPC**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, vol. 14, n. 56, p. 74 - 107, out-dez, 2011.

MEIRA, Danilo Christiano Antunes e RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Colisão e ponderação de normas na elaboração **do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 246. São Paulo: Ed. RT, 2015.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao **Código de Processo Civil**. 3 ed. -São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 26, 2006.

27

_____. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, vol. 2, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.765.579 - SP (2017/0295361-7), **Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva**, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>>;. Acesso em: 21 mai. 2025

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível nº 1024271-28.2015.8.26.0100, Relator Viviani Nicolau, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Processos>>;. Acesso em: 21 mai. 2025.

VAUGHN, Gustavo Favero; VEIGA, Natália Salva. Reflexões sobre **a técnica da ponderação no Novo Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol.971, set, 2016



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO**

DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

**NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP**

**Salvador
2025**

DANILO AUGUSTO DE AQUINO MARQUES PACHECO

**NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP**

Artigo apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade Católica do
Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador

2025

NEOPROCESSUALISMO E PONDERAÇÃO DE NORMAS: UMA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Danilo Augusto de Aquino Marques Pacheco¹

Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo compreender o neoprocessualismo sob o prisma da aplicação da técnica de ponderação de normas. Em um primeiro momento se situa a compreensão do paradigma neoprocessualista em seu contexto histórico e teórico mais amplo, relacionando o seu surgimento com acontecimentos da história recente e com uma mudança mais ampla de paradigma filosófico dentro do Direito, representada pela passagem do paradigma positivista para o pós-positivista. Em seguida, se analisa a relação do neoprocessualismo com o neoconstitucionalismo, novo paradigma do Direito Constitucional. Na sequência, se estuda a ponderação de normas propriamente dita, situando a técnica dentro do Novo Código de Processo Civil, bem como sua formulação conceitual na doutrina. Por fim, se examina o Recurso Especial 1.765.579-SP como estudo de caso, visando contextualizar a discussão em um caso concreto. O presente estudo foi construído tomando como método a pesquisa documental, mobilizando, além do julgado em questão, livros e artigos de autores que tem o mesmo tema como objeto.

Palavras-chave: Neoprocessualismo. Ponderação de Normas. Novo CPC. Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. 3. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO. 4. NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS. 5. NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: O CASO DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, não apenas como apenas sistema de normas mas sobretudo enquanto fenômeno teórico, passou por profundas transformações. Catastróficos acontecimentos do século 20, em especial a Segunda Guerra Mundial, motivaram o pensamento jurídico a reformular o seu paradigma filosófico, ou seja, seus aspectos teóricos mais amplos e fundamentais. Uma vez que que muitos daqueles

¹ Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: danilo.pacheco@ucsal.edu.br

² Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodium, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL, Professor de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.

acontecimentos ocorreram sob a perfeita adequação ao Direito vigente à época, fez-se necessário pensar e construir um novo paradigma para o pensamento jurídico, com vistas a impedir que catástrofes como aquelas voltassem a ocorrer. Sendo o paradigma dominante naquele momento de crise o positivismo jurídico, surgiu como sua contraposição o pós-positivismo jurídico. A principal mudança que este novo paradigma apresentou foi a relativização da distinção entre Direito e Moral, admitindo-se, nesta perspectiva, critérios materiais de validade das normas.

Essa mudança de orientação teórica influenciou tanto o Direito Constitucional como o Direito Processual Civil. No Direito Constitucional, como correspondente do pós-positivismo neste ramo, surge o neoconstitucionalismo, tendo por característica central o caráter normativo da constituição bem como a vinculação dos direitos fundamentais a todos os ramos do direito. Isso em forte contraste com a concepção positivista de constituição, que atribuía a esta um caráter meramente formal. Já no âmbito do Direito Processual Civil, o pensamento consequente ao pós-positivismo é o neoprocessualismo que tem por principal característica o maior relevo dos princípios e dos valores dentro do processo. Central no neoprocessualismo é a busca por acesso à justiça, bem como a mitigação dos excessos formalistas do paradigma anterior.

Uma mudança que se sobressai no Direito Processual Civil quando da passagem para o paradigma neoprocessualista é o maior relevo da técnica de ponderação de normas sobre a técnica de subsunção. A subsunção é a tradicional aplicação da norma certa aos fatos, já a ponderação, no Direito Brasileiro, aparece no Código de Processo Civil no artigo art. 489, § 2, no contexto da sentença, onde, havendo hipótese de colisão de normas, o juiz deverá justificar o objeto e critérios gerais da ponderação efetuada, explicitando as razões de afastamento de uma das normas e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Para cumprir tal objetivo, será usado como estudo de caso a análise do REsp 1.765.579 - SP, onde a ponderação de normas é aplicada e também discutida em decisão pelo Superior Tribunal de Justiça. A pergunta central do artigo é: como é exercida a ponderação de normas na prática, técnica representativa do novo paradigma neoprocessualista?

Neste sentido, o objetivo deste trabalho é compreender essas mudanças teóricas que o Direito passa, em especial no Direito Processual Civil. Para tal, se investigará especialmente a técnica de ponderação de normas, uma vez que a mudança para uma maior relevância da técnica de ponderação sobre a subsunção constitui-se como uma das mais significativas que ocorreram quando da passagem ao novo paradigma, o neoprocessualismo. O presente trabalho busca, portanto, através do método de pesquisa documental e revisão bibliográfica, compreender como essas mudanças teóricas se manifestam no âmbito do Direito Processual Civil.

2 NOVOS PARADIGMAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

A necessidade de se pensar um novo paradigma para o pensamento jurídico remonta ao século 20. Uma vez tendo-se derrotado os regimes totalitários no continente europeu, se constatou indispensável a tarefa da criação de uma nova estrutura teórica para o Direito que estabelecesse, por um lado, direitos e garantias individuais que protegessem o cidadão de eventuais abusos pelo Estado ou quaisquer outras formas de poder e, por outro, mecanismos de controle da Constituição, ocasionando a criação da assim chamada jurisdição constitucional (CAMBI, 2008). É importante, entretanto, que inicialmente se compreenda as características do paradigma anterior ao que seria contraposto posteriormente em resposta a essa crise: O positivismo jurídico. Segundo Bobbio (2015), o positivismo pode ser compreendido tanto como modo de aproximar-se do Direito, tanto como uma teoria ou concepção do mesmo ou ainda como uma ideologia de justiça (BOBBIO, 2015).

Como modo de se aproximar do Direito, o positivismo jurídico seria marcado pela clara distinção entre Direito real e Direito ideal. Seria justamente pela ênfase no Direito real em contraposição ao ideal que ele se caracterizaria. Essa ênfase conferiria ao positivismo jurídico um caráter que poderia ser chamado de científico (BOBBIO, 2015).

Já como teoria do Direito, o positivismo jurídico se caracteriza por acentuar fortemente a ligação do Direito com o Estado, ou seja, o positivismo seria uma teoria estatista do Direito. Ainda de acordo com Bobbio (2015), isso confere à teoria positivista algumas consequências: a) Com relação à definição do Direito, a teoria

da coatividade, que o define como sistema de normas que se fazem valer pelo uso da força. b) Com relação a teoria da norma, a teoria imperativista, de acordo com a qual a norma jurídica é um comando; c) Com relação às fontes do Direito, a supremacia da lei sobre as demais fontes; d) Com relação ao ordenamento jurídico, a ele é atribuído o caráter de completude e, por consequência, de ausência de antinomias; e e) Em relação ao método da ciência jurídica, a consideração da atividade do jurista como essencialmente lógica (BOBBIO, 2015).

Por fim, ainda segundo Bobbio (2015), como ideologia, o positivismo jurídico representa a crença em certos valores. Esses valores atribuem ao Direito existente um valor positivo independente de qualquer Direito ideal. Isso ocorre de duas maneiras: a) O Direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, ou seja, como emanção de uma vontade dominante, é justo no sentido de que o critério para avaliar a sua justiça seria exatamente o mesmo que seria usado para julgar sua validade ou invalidade; e b) o Direito positivo serve, por sua própria existência e independente de qualquer valor moral, à consecução de certos fins desejáveis, como a ordem, a paz e de modo geral à justiça legal. Desses dois valores, segue-se que, para a ideologia positivista, a norma jurídica deve ser obedecida de *per se* (BOBBIO, 2015).

Por mais estruturado que fosse o pensamento positivista, ele enfrentou sérias críticas, sobretudo no decorrer do século 20. Decisões extremamente apartadas de qualquer noção de justiça como as que atravessaram todo o regime fascista e nazista não poderiam mais ser aceitas pela sociedade (BICALHO et al, 2011). Nesse contexto histórico dramático, se abriu um ambiente propício para renovação dentro do pensamento jurídico, e é neste contexto que surge o pós-positivismo ou o não positivismo (BICALHO et al, 2011). Segundo Bicalho e Fernandes (2011) a crise do pensamento positivista pode ser explicitada em duas razões centrais: a) a pluralidade das sociedades pós-modernas, que acabaram evidenciando a limitação da noção de completude do sistema positivo codificado; e b) pela dificuldade apresentada pela concepção positivista quando da necessidade de mitigar a aplicação de normas positivas, quando for o caso de ser flagrante que as soluções por elas apresentadas no momento da aplicação forem absurdas ou desproporcionais (como no caso do sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista) (BICALHO et al, 2011).

O pós-positivismo conta como adeptos autores como Alexy, Dworkin, Bonavides e Barroso, dentre outros (BICALHO et al, 2011). Apesar desses autores possuírem entre si discordâncias dentro de suas perspectivas teóricas, um fio comum entre eles pode ser apontado como: a relativização da separação entre Direito e Moral, bem como a admissão de critérios materiais para a validade das normas. Uma vez que uma crítica central ao positivismo jurídico é a falta de critérios valorativos para a aplicação das normas, o pós-positivismo trabalha no sentido de conferir bases axiológicas, ou seja valorativas, para a sua aplicação, principalmente a partir do Direito Constitucional (BICALHO et al, 2011).

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO

Diante deste contexto de mudança teórica, o Direito considerado enquanto sistema de normas foi expressivamente afetado em seus ramos, sobretudo em dois dos mais fundamentais deles : o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil.

A mudança que se estabeleceu como decorrência dos fenômenos analisados no tópico acima no âmbito do Direito Constitucional é o que se denomina neoconstitucionalismo, que representa um novo paradigma dentro do Direito Constitucional. As alterações mais importantes que este novo paradigma apresenta, segundo Cambi (2008), podem ser sistematizadas em três aspectos distintos. O primeiro desses aspectos é o histórico e já foi delineado em suas linhas centrais no tópico anterior. Cumpre apenas destacar como marco legislativo a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, isto é a *Grundgesetz*, a Constituição alemã. Outras constituições também se compõem como marco da mudança para o paradigma neoconstitucionalista, quais sejam, as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978). No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 sofre forte influência desses marcos legislativos, sobretudo por se caracterizar historicamente como passagem de um regime autoritário para um democrático, lançando as bases para um Estado Democrático de Direito no Brasil.

Segundo Cambi (2008), apesar de a Constituição brasileira ter sofrido diversas reformas constitucionais ao longo do tempo, ela logrou criar uma cultura jurídica de valorização de um sentimento constitucional. Após sua promulgação, diversos episódios de instabilidade política, próprios da história recente do Brasil,

encontraram nela soluções, criticáveis ou não, de manutenção da estabilidade democrática. O segundo aspecto da alteração é o filosófico e também foi delineado em linhas gerais no tópico anterior, qual seja, a passagem para a tendência pós-positivista. Cumpre apenas destacar o papel dos princípios, que para essa nova matriz teórica, deixam de ter aplicação meramente secundária, isto é, de ter a função de apenas colmatar lacunas e passam agora a ter relevância jurídica na confirmação judicial de direitos (CAMBI, 2008).

Além dos aspectos históricos e filosóficos, o neoconstitucionalismo representa também expressivamente mudanças de natureza teórica. De acordo com Cambi (2008), seguindo a linha do pensamento do professor e ministro Luís Roberto Barroso, as mudanças teórica trazidas pelo novo paradigma podem ser divididas em três vertentes: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Segundo o autor, ao afirmar que as normas constitucionais têm força normativa, com isso estamos reconhecendo que a Constituição não é apenas uma carta política mas tem conteúdo jurídico imperativo. Isto é, a partir do momento em que se reconhece a Constituição como lei, seus princípios e regras devem ter normatividade, regulando condutas e produzindo expectativas de comportamentos. Essa é uma concepção nova de Constituição, uma vez que se contrapõe a visão clássica, onde a carta constitucional era encarada apenas como declaração política, programa de futuro ou também mera exortação moral (CAMBI, 2008).

Neste contexto, a positividade da norma constitucional é sobretudo a vinculação positiva do legislador a ela, bem como de todos os órgãos concretizadores do Estado, seja o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário, que devem encarar a Constituição como diretivas materiais permanentes. Por fim, ela passa a funcionar como limites materiais negativos para o poder público em geral, passando a ser considerados inconstitucionais os atos que sejam contrários a ela (CAMBI, 2008).

Uma consequência dessa expansão da normatividade constitucional é a expansão da jurisdição constitucional. Ela se reflete na realidade do Direito brasileiro em especial pelo controle de constitucionalidade, havendo agora uma ampliação considerável deste mecanismo. A Constituição de 1988 acabou ampliando o controle

abstrato de constitucionalidade, alargando os legitimados ativos para propor as ações que o compõem e, também, criando outros instrumentos de jurisdição constitucional como por exemplo a Ação Direta de Constitucionalidade (CAMBI, 2008).

Por fim, a última vertente elencada por Cambi (2008) que expressa a mudança representada pelo neoconstitucionalismo em seu aspecto teórico, é o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Aqui se trata sobretudo da constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais (CAMBI, 2008).

Para o autor, houve uma mudança do centro gravitacional hermenêutico, ou seja interpretativo, dos códigos para a constituição. Essa nova orientação interpretativa não rompeu completamente com os clássicos métodos de interpretação jurídica, os tradicionais métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico: antes a nova dogmática de interpretação constitucional trazida pelo neoconstitucionalismo informa o intérprete que lançar mão dos métodos tradicionais, da teoria dos princípios, em prevalência sobre a teoria das regras. Segundo Cambi (2008), de acordo com a teoria das regras, prevalece a dicotomia validez-invalidéz, ou seja, diante de uma antinomia, o intérprete lançaria mão de critérios tradicionais como *lex superior derogat inferior*, *lex specialis derogat generalis* e *lex posterior derogat priori*. Mas, de maneira mais significativa para o autor, a característica fundamental que a teoria das regras conferire à hermenêutica jurídica é a de tudo ou nada. Agora, com a primazia da teoria dos princípios, torna-se possível um ajuste às pretensões sociais legítimas, permitindo-se, por exemplo, solucionar-se colisões entre direitos fundamentais (CAMBI, 2008).

Particularmente, dessa mudança na interpretação jurídica, na qual existe, agora, um forte relevo e evidência da Constituição para o intérprete do Direito na aplicação, uma consequência direta se apresenta a outro ramo do Direito além do Direito Constitucional: o Direito Processual Civil. Entretanto, para que se possa compreender as mudanças apresentadas neste ramo como consequência dos fenômenos discutidos até então, é necessário analisar suas etapas de desenvolvimento.

As etapas de evolução do Direito Processo Civil são sobretudo metodológicas, podendo ser divididas em quatro fases (LOURENÇO, 2011). As

fases são: a) praxismo ou fase sincretista; b) processualismo ou fase do autonomismo; c) instrumentalismo; e por fim d) neoprocessualismo ou formalismo valorativo ou formalismo ético (LOURENÇO, 2011).

Em um primeiro momento, na fase do praxismo, o que se dava era a completa confusão entre o direito material e o direito processual. Nesta fase o Direito Processual não era autônomo, tendo pouca fundamentação teórica e científica construída pelos juristas. Entretanto, estudos de juristas alemães no século 19 sobre a natureza da ação e do processo contribuíram para a superação dessa etapa metodológica (LOURENÇO, 2011).

Superada essa etapa, surge a fase do processualismo, com a perspectiva de autonomia do processo. Agora ele começa a ser estudado mais profundamente e suas bases são lançadas cientificamente, em separado do direito material. Segundo Lourenço (2011), é nesta etapa, pela preocupação dos juristas em conferir autonomia ao processo em relação ao direito material, que surge o formalismo exagerado, ou seja, estudar o processo em si, sem a preocupação de que esse estudo possa fazer alguma referência imediata à realidade.

Interessante reflexão sobre o formalismo foi delineada por Oliveira (2006). Refletindo sobre o formalismo processual, o autor o caracteriza, em sentido amplo, como a totalidade formal do processo, considerando especialmente a delimitação dos poderes. Forma, para esse autor, significa começo e fim, circunscrição de material a ser formado, estabelecimento de limites de ação e cooperação dos agentes dentro do processo (OLIVEIRA, 2006). O formalismo, para ele, visa controlar, sobretudo, eventuais excessos que as partes possam cometer, conferindo ordem ao procedimento. Segundo o autor, o formalismo se constitui enquanto elemento não só de efetividade como de segurança do processo. Entretanto, com o passar do tempo, o pensamento formalista sofreu desgaste e passou a ser um formalismo excessivo.

O problema, segundo ele, é que esse poder organizador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do litígio acabe resultando em uma aniquilação do próprio direito ou em um retardamento irrazoável do processo (OLIVEIRA, 2006). Neste caso o formalismo acaba obstando que o instrumento atinja sua finalidade, a que sugere o autor que o jurista lance mão de uma atitude mais aberta, entretanto sem desprezar o formalismo, considerando que no caso do sistema brasileiro, este

possui meios suficientes para a solução, que, segundo ele, tem a forma de uma antinomia entre justiça e formalismo.

No terceiro momento de evolução metodológica, a fase do instrumentalismo, o processo passa a ser considerado como instrumento do direito material. Essa postura metodológica do Direito Processual, aparece agora como forma de corrigir os excessos formalistas da etapa metodológica anterior, que foi encarada como excessivamente técnica. Agora o processo não é visto como um fim em si mesmo, tendo surgido nesta etapa as ideias de promoção de maior acesso à justiça. Essa fase é, portanto, mais crítica (LOURENÇO, 2011).

Por fim, em sua última etapa de desenvolvimento metodológico, surge o neoprocessualismo ou formalismo valorativo, ou ainda formalismo ético. Nesta fase é onde o instrumentalismo interage com as mudanças de paradigma que ocorreram no Direito Constitucional. Oliveira (2014), ao refletir sobre essa última mudança no pensamento processual, chega mesmo a afirmar que se o processo não pode mais ser compreendido como mera técnica e sim como instrumento de realização de valores, em especial, valores constitucionais, podemos considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Lourenço (2011), sintetizando os pontos centrais da passagem ao paradigma neoprocessualista no Direito Processual Civil, os elenca como uma série de substituições: a) princípios no lugar de regras, ou pelo menos mais princípios do que regras); b) ponderação no lugar de subsunção, ou pelo menos, mais ponderação do que subsunção); c) justiça particular em vez de justiça geral, ou ainda, mais análise individual e concreta que geral e abstrata; d) Poder Judiciário em vez de Poder Executivo ou Legislativo, ou mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo ou Executivo; e) Constituição no lugar da lei, ou, maior e mais direta aplicação da Constituição no lugar da lei.

Para os fins do presente artigo, a compreensão da mudança que a passagem ao paradigma neoprocessualista ocasiona, se analisará de modo mais detido o ponto central elencado acima no item “b” pelo autor, a prevalência da ponderação sobre a subsunção. Para tal se estabelecerá tanto o lugar da técnica de ponderação de normas no Código de Processo Civil, quanto a sua definição na doutrina.

4 NEOPROCESSUALISMO NO NOVO CPC: A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE NORMAS

O Código de Processo Civil de 2015 é um marco da passagem ao neoprocessualismo nos termos acima delineados (VAUGHN et al, 2016). Já em seu primeiro artigo, ele consagra a interpretação constitucionalizada de todos os dispositivos nele contidos, reconhecendo em seu âmbito a força normativa da constituição (VAUGHN et al, 2016). Como ficou claro na discussão dos tópicos anteriores, é precisamente a presença mais forte do Direito Constitucional no Direito Processual Civil a característica central do paradigma neoprocessualista.

Neste mesmo sentido, uma mudança significativa com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015 foi no âmbito do dever de fundamentação das decisões judiciais, consagrado no art. 489 do referido diploma (VAUGHN et al, 2016). O artigo 489 estabelece que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.(BRASIL, 2015)

Esse dispositivo específico tem por inspiração direta o artigo 93, IX, da Constituição Federal, e determina certos critérios de qualidade a serem preenchidos para que a decisão possa ser considerada fundamentada. A razão de ser da

importância conferida à fundamentação é a defesa do jurisdicionado em relação aos eventuais julgamentos arbitrários que ele possa ser submetido (VAUGHN et al, 2016).

Entretanto, sendo objeto de estudo do presente artigo mais especificadamente a ponderação de normas, o dispositivo central a ser analisado é o parágrafo segundo do artigo 489. O parágrafo em questão possui a seguinte redação:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 2015)

Para que se possa compreender o artigo em questão, é necessário examinar o conceito de ponderação de normas na doutrina, tarefa que encontra na obra de Ávila (2018) uma contribuição notável.

Segundo o autor, normas jurídicas podem ser compreendidas como o resultado final da interpretação. A interpretação propriamente dita tem como objeto imediato os dispositivos jurídicos (ÁVILA, 2018). É possível, por exemplo, haver normas sem que haja um dispositivo específico e determinado a ela diretamente vinculados. Por exemplo, no caso do princípio da segurança jurídica. O autor, após reconstruir de maneira crítica a história da conceituação das espécies normativas por parte da doutrina, desenvolve a sua própria definição a respeito delas. Segundo ele:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2018, p. 102)

Ou seja, para ele, regras são normas descritivas, retrospectivas que tem como função ser parâmetro para decisão e serem abrangentes, tendo, na aplicação, a necessidade de se avaliar a correspondência entre os fatos e ela. Já os princípios são normas voltadas para um fim, tendo como função primordial ser uma orientação prática.

Existe, entretanto, além dos princípios e das regras, uma outra espécie de norma de fundamental importância: os postulados normativos. Essa espécie de norma é imediatamente metódica. Elas instituem critérios de aplicação para outras normas, que, essas sim, se situam no plano do objeto da aplicação (ÁVILA, 2018). Um desses postulados normativos é precisamente a ponderação. Segundo Ávila, a ponderação de bens consistiria em um:

Método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios (ÁVILA, 2018, p. 185).

Salienta também o autor que é importante separar e apreciar a sutileza dos elementos envolvidos na ponderação, quando da sua aplicação, quais sejam: a) os bens jurídicos; b) os interesses; c) os valores; por fim, d) os princípios. Os bens jurídicos seriam situações, estados ou propriedade essenciais particulares da promoção dos princípios jurídicos. Os interesses são os próprios bens jurídicos enquanto vinculados a algum sujeito que os procura obter. Já os valores são o aspecto axiológico, ou seja, valorativo, das normas, indicando o que é bom, isto é, o que é digno de ser buscado ou preservado. Por fim os princípios propriamente ditos, são, para o autor, o aspecto deontológico dos valores, que além de demonstrar que algo deve ser buscado, determinam que este algo deve também ser promovido (ÁVILA, 2018).

Em relação às etapas da ponderação, isto é, as etapas da aplicação dessa espécie de norma, o mesmo autor a divide em três: a) preparação da ponderação (*Abwägungsvorbereitung*, em alemão, idioma no qual o conceito se originou); b) realização da ponderação (*Abwägung*); e, por fim, c) reconstrução da ponderação (*Rekonstruktion der Abwägung*). A primeira etapa, a da preparação da ponderação, é onde se analisam todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível. Na segunda etapa, a da realização da ponderação, o intérprete que aplica a ponderação vai fundamentar a relação estabelecida entre os objetos de sopesamento.

No caso da ponderação, nessa etapa deve ser indicado a relação da primazia de um objeto ponderado sobre o outro. Por fim, na reconstrução da

ponderação, se formam regras de relação, inclusive de primazia de um objeto sobre o outro, com pretensão de validade para além do caso (ÁVILA, 2018). Por fim, o autor destaca que os critérios de ponderação podem ser vários, devendo, entretanto, ter o intérprete que vai aplicar essa espécie normativa, a maior atenção aos princípios constitucionais e, também, as regras de argumentação que podem ser construídas a partir deles.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a ponderação de normas aparece no Código de Processo Civil no § 2.º do art. 489 do CPC. Segundo Arenhart, Marinoni e Mitidiero, o Código de 2015 apresenta ao todo três postulados normativos ou seja, como visto acima, tipos de normas que têm como objeto a aplicação de outras normas: proporcionalidade, razoabilidade e ponderação (Arenhart et al, 2015). A proporcionalidade é o postulado normativo que visa estruturar a aplicação de duas normas que mantêm entre si relação de meio e fim. Já a razoabilidade, é o segundo postulado constante no Código de Processo Civil, e tem três acepções básicas, razoabilidade como equidade, congruência e como equivalência; por fim, a ponderação de normas seria, no Código, o postulado normativo que visa atribuir peso a elementos que se entrelaçam. Cada um desses postulados existe para solucionar determinados problemas específicos, tendo cada um deles sua própria estrutura de aplicação, bem como sua particular exigência aplicativa quando for necessária a sua aplicação em cada caso concreto (Arenhart, 2015).

Ocorre que dentre as diversas maneiras que as normas podem se relacionar entre si, no caso do §2 do art. 489 do CPC, a hipótese apresentada é a de que diferentes finalidades normativas apontam para soluções diversas ou mesmo opostas, quando for necessário aplicar todas elas: é o que o Código chama de “colisão de normas”. Segundo os mesmos autores, quando o Código fala de ponderação, pode ser o caso de emprego do método de proporcionalidade, por exemplo. Caso seja hipótese de lançar mão do postulado da ponderação particularmente no caso, o juiz deve “justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Entretanto, caso seja hipótese de emprego da proporcionalidade, deve o magistrado explicitar a relação entre meio e fim bem como justificar argumentativamente a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da decisão. Ainda de acordo com a lição dos

autores, o emprego genérico de postulados normativos, sem qualquer ligação com suas funções previamente estabelecidas pelo código e aquilo que é autorizado judicialmente para cada caso concreto, constitui violação ao dever fundamental de fundamentação analítica (ARENHART et al, 2020).

5 NEOPROCESSUALISMO NA PRÁTICA: O CASO DO RECURSO ESPECIAL 1.765.579-SP

Examinando a posição da ponderação de normas no Código de Processo Civil, bem como sua conceituação na doutrina, passa-se agora ao exame de um caso em que essa técnica foi aplicada em um caso concreto, a saber, no recurso especial 1.765.579-SP. O estudo de caso do recurso em questão possibilitará a compreensão de como a ponderação de normas, técnica normativa que, como ficou claro nos tópicos anteriores, acabou ganhando destaque na passagem ao paradigma neoprocessualista, acontece na prática.

O recurso especial 1.765.579-SP foi interposto pela Sociedade Beneficente Muçulmana impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em suas razões, a parte alegava a violação dos seguintes dispositivos (acrescidos das suas respectivas teses):

- a) art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 - apontando a omissão do acórdão recorrido quanto aos motivos para priorizar o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa; e
- b) art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015 - alegando que o Tribunal de origem não justificou os critérios gerais da ponderação de princípios conforme determina a nova legislação processual, isto é, enunciando as razões que autorizavam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentaram a conclusão. (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online)

A ação de origem é de natureza indenizatória e foi ajuizada pela Sociedade Beneficente Muçulmana contra a Google Brasil Internet Ltda. O objetivo era a remoção de vídeo disponível na plataforma YouTube da música “Passinho do Romano”, sob a alegação de que tal conteúdo ofendesse a religião islâmica em virtude do uso indevido de passagens do Alcorão. De acordo com a parte autora, o videoclipe veiculado pela empresa ré, bem como a respectiva canção do gênero *funk* que o acompanha, utilizaram trechos remixados do Alcorão, livro considerado

sagrado para religião muçulmana, que, segundo a parte autora, somente poderiam ser recitados dentro de um contexto próprio da liturgia da religião em questão.

O juízo de primeiro grau declarou improcedente a demanda, ressaltando que sendo a ré mera provedora de hospedagem do conteúdo, não possuiria dever de monitoramento e fiscalização permanente do sistema, de modo que ela não poderia ser responsabilizada pelos vídeos inseridos na plataforma YouTube por terceiros usuários. Mediante a ponderação dos princípios da liberdade de expressão e da liberdade religiosa, a sentença concluiu pela ausência de ilicitude pela razão de que a obra em si mesma considerada não possuiria elemento discriminatório (o assim chamado *hate speech*) sendo, antes, manifestação da cultura popular, tutelada constitucionalmente pelo direito à liberdade de expressão (Superior Tribunal de Justiça, 2017, *online*).

Tal entendimento foi corroborado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao negar a apelação da parte autora. No acórdão, a Corte estadual analisando os fatos e as provas, bem como o teor das mídias impugnadas, asseverou que "a canção sequer menciona ou faz alusão, positiva ou negativa, ao islamismo e seus seguidores", e a respeito da alegação da parte autora de que a mera incorporação à canção de trechos do Alcorão por si só configuraria ilicitude, salientou que:

a inserção de trecho do Alcorão na música e nos vídeos pode ser conduta rechaçada pela religião islâmica e um desrespeito aos preceitos subjetivos dos muçulmanos, mas não é um desrespeito à liberdade de crença religiosa ou ao sentimento religioso, nem ato que rompe os limites do exercício da liberdade artística.

Aliás, como os direitos fundamentais se estendem a todos, a insatisfação da comunidade religiosa pode se manifestar no próprio campo do exercício da liberdade de expressão, sobretudo por meio da crítica, o que é inerente ao jogo democrático de uma sociedade plural.

A insatisfação não constituirá razão suficiente, porém, para provocar a tutela jurisdicional do Estado e materializar um mecanismo de censura (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2016, *online*)

Ademais, segundo o entendimento da corte paulista, não se poderia proibir a reprodução de conteúdo de um livro religioso com fundamentos em dogmas erigidos pela própria obra, pois isso seria o mesmo que permitir que uma regra religiosa que vincula àqueles que a ela pertencem pudesse ser dotada de eficácia abstrata a todos indiscriminadamente (Superior Tribunal de Justiça, 2017, *online*). Inconformada, a parte autora opôs embargos declaratórios alegando existência de omissão e obscuridade no acórdão. Segundo ela, o Tribunal se negou a analisar o real teor de suas alegações, quais sejam: a tese de que a violação à liberdade

religiosa decorreria da simples utilização dos trechos sagrados em vão, fora do contexto da liturgia (Superior Tribunal de Justiça, 2017, *online*). Sendo os aclaratórios rejeitados pela corte, houve ensejo a um recurso extraordinário e ao recurso especial, objeto do presente tópico.

No Recurso Especial a recorrente alega mais uma vez a nulidade do acórdão, com base na violação do arts. 1.022 do CPC/2015 e do 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. Em síntese, suas teses são:

- (i) a suposta omissão quanto aos motivos para priorizar o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa, e
- (ii) a não explicitação dos critérios gerais da ponderação de princípios efetuada, conforme disposto no § 2º do art. 489 do CPC/2015. (Superior Tribunal de Justiça, 2016, *online*)

A corte então apresentou sua argumentação em dois pontos: no primeiro, sobre a ausência de violação do art. 1.022 do CPC/2015; no segundo, sobre a motivação das decisões judiciais e da técnica de ponderação no CPC/2015 (Superior Tribunal de Justiça, 2016). A respeito do primeiro, a corte reforça o entendimento da instância inferior, sustentando que o Tribunal indicou adequadamente os motivos que formaram o seu convencimento, não se vislumbrando nem omissão, nem contradição, obscuridade ou erro material para efeito do que dispõe o art. 1.022 do CPC/2015.

No segundo ponto, a argumentação vai se centrar na hipótese de ponderação de normas, ancorada no art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. A recorrente afirma no recurso que o Tribunal não explicitou os critérios nem as razões adotadas para conferir primazia à liberdade de expressão artística sobre a inviolabilidade de liturgia religiosa, princípios fundamentais assegurados nos incisos IX e VI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, respectivamente (Superior Tribunal de Justiça, 2016, *online*).

Antes de adentrar na análise dos debates constantes na decisão da corte, cumpre tecer uma análise mais detida acerca do Artigo 489. Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a motivação da sentença tem por finalidade imediata demonstrar ao próprio magistrado a lógica jurídica que legitima a decisão, mostrando à parte sucumbente que ela não é fruto da sorte e do acaso, antes decorrendo da lei (NERY, 2018).

A falta ou deficiência na fundamentação gera nulidade, conforme o artigo 93, IX, da Constituição Federal. Em relação ao §2 do artigo, os autores defendem que

se restrinja o uso da ponderação às normas constitucionais, como os princípios e direitos fundamentais, argumento levantado por eles que também será usado pelo Tribunal no contexto da discussão do Recurso Especial e será mais detalhadamente examinado abaixo. Quanto à interpretação da decisão judicial, os autores pontuam que ela deve ser interpretada levando em consideração todos os seus componentes em conjunto, devendo ser considerados como um todo orgânico. Ainda pontuam o dever de atitude de boa fé na interpretação da sentença, não devendo-se pautar ela pela distorção do que foi dito pelo juiz (NERY, 2018).

Prosseguindo agora para a análise do debate levantado na decisão pelo Tribunal, a corte, analisando detidamente o significado da demanda, afirma que:

De certa forma, pode-se considerar que o objetivo derradeiro da norma é dar concretude ao que determina o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, garantindo meios para que a interpretação corresponda à entrega de uma prestação jurisdicional efetiva (Superior Tribunal de Justiça, 2016, *online*)

A que a sentença avalia que a norma em questão, a saber, § 2º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, suscitou controvérsias no meio doutrinário, em especial pela imprecisão da expressão "colisão entre normas", bem como a incorporação no sistema brasileiro da complexa teoria da ponderação desenvolvida por Robert Alexy (Superior Tribunal de Justiça, 2016, *online*).

Aferindo a doutrina, o Tribunal referencia uma série de autores que examinaram o referido artigo. Os autores em questão são: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery; Georges Abboud e Júlio César Rossi; Fredie Didier; e Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues.

Segundo a lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, a ponderação ali prevista deveria se limitar somente a direitos fundamentais e a princípios constitucionais. De acordo com eles:

"(...) A nosso ver, existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica – as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de que se refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais." (NERY, 2018, p. 1164)

Pelo trecho usado na decisão, pode-se concluir que os autores em questão são mais conservadores em relação à técnica de ponderação. Eles avaliam que a

existência dessa técnica surgiu com a finalidade de superar dificuldades na aplicação de normas que são do Direito Constitucional, como os direitos fundamentais e princípios constitucionais. Para eles, a utilidade da ponderação se restringe a situações em que, na aplicação dessas normas, forem insuficientes as regras da hermenêutica jurídica tradicional. Os autores defendem a posição de que não é adequada a interpretação de que qualquer antinomia pode ser resolvida por ponderação de normas.

O Tribunal em seguida, mobiliza outros autores na análise, Georges Abboud e Júlio César Rossi, para os quais o dispositivo em questão seria inconstitucional:

Há incompatibilidade substancial entre o que preceitua o artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil e o que determina nossa tradição em fundamentar toda a decisão judicial e administrativa, colocando em colapso a recém (e ainda mal compreendida) estrutura do próprio Código, notadamente ao negar vigência aos artigos 10, 11, 489, § 1º, 926 e 927.

A ponderação de regras - genuíno caso brasileiro - limita-se a uma decisão subjetiva do aplicador na medida em que escolheria de forma *ad hoc*, diante de um caso (ou de uma tese, como querem os vanguardistas), o qual das regras seria afastada em face desse sopesamento. Mais precisamente, ao ponderar regras, torna-se possível ao julgador afastar determinada prescrição legislativa sem realizar o controle de constitucionalidade da lei. Esse afastamento, sem a intermediação do controle difuso de constitucionalidade, é impensável em uma democracia. Daí a inconstitucionalidade do § 2º, ele é um paradoxo porque se trata de dispositivo legal que pode dar vazão a uma aplicação do direito nos padrões da escola de direito livre, criticada desde P Heck (ABBOUD et al. 2017, p. 135)

Os autores aqui discutidos pela corte acreditam que a ponderação de normas contidas no § 2º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 seria inconstitucional. Segundo eles, ao afastar uma norma em favor de outra, se estaria abrindo espaço para a subjetividade do juiz na decisão uma vez que esse afastamento seria feito de modo *ad hoc*, ou seja, de caso em caso. Além disso, segundo eles, ao afastar uma regra, sem antes passar pelo crivo do controle difuso de constitucionalidade, se estaria agindo de modo inconstitucional. Pelo trecho usado pelo Tribunal, pode-se inferir que os autores consideram o instituto da ponderação no Código de Processo Civil algo perigoso e que faria referência à escola de direito livre, que segundo eles, já tem sido criticada na doutrina há muito tempo.

Já para outro autor elencado na decisão, Fredie Didier, o dispositivo em questão deve apenas orientar como o julgador deve agir e determinar o conteúdo mínimo da decisão em hipótese de conflito normativo. Segundo ele:

O primeiro passo é saber se se trata de conflito entre regras ou entre princípios.

Segundo Alexy, para solucionar um conflito entre regras é necessário que uma das regras integre uma hipótese de exceção à outra, ou então que uma delas seja invalidada e expurgada do ordenamento, em nome da subsistência da outra, verificando-se, pois, se a regra está dentro (como exceção) ou fora (por invalidação) do ordenamento. Dessa forma, constatada a contradição entre 'juízos concretos de dever-ser', se ela não pode ser sanada com a inserção de uma 'cláusula de exceção' em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada.

Essa não é, contudo, a solução para a colisão entre princípios. Nesses casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado. Na verdade, em uma 'dimensão de pesos' (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro - caso em que o conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento.(DIDIER, 2018, p. 373-374)

Neste caso, o autor destaca que o primeiro passo na hipótese de conflito de normas é estabelecer se se trata de conflito entre regras ou entre princípios, dois tipos básicos de norma, como se demonstrou no tópico acima. Para ele, seguindo a linha do pensamento de Robert Alexy, em se tratando de conflito de regras, caso não se possa sanar a contradição entre elas, uma exclui a outra em caso de conflito, sendo uma válida e outra inválida. De modo diferente ocorre quando há conflito entre os princípios, onde o que se leva em consideração é o “peso” de cada um deles, devendo o aplicador verificar na situação prática do caso concreto qual pesa mais que o outro, devendo este ter preferência sobre o outro.

E ainda, segundo a doutrina do autor citado pela corte, aprofundando a discussão, refletindo sobre a distinção entre princípios e regras, afirma ser partidário da tese de que a ponderação também pode ser usada na hipótese de eventual conflito de regras:

As regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias; às regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão de ponderação.

Nas suas palavras, 'a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador

O importante é que, qualquer que seja a técnica utilizada para superar o conflito normativo, ela exige do juiz uma justificação. Não basta dizer, por exemplo, que uma regra constitui exceção do que diz a outra, ou que, no caso concreto, um determinado princípio deve prevalecer sobre outro (DIDIER, 2018, p. 374-375)

Segundo o autor, portanto, é o caso de utilizar a técnica de ponderação também as regras. Por fim, ele declara que em todas as hipóteses que for preciso usar a ponderação de normas, deve o juiz justificar ela, sendo este ponto muito importante.

Em seguida, na decisão, o Tribunal menciona a doutrina de Danilo Christiano Antunes Meira e Horácio Wanderlei Rodrigues, que é voltada a reconstruir os debates legislativos travados na ocasião da confecção do diploma processual. A respeito do § 2º do art. 489 do CPC/2015, a corte ressalta a conclusão dos autores sobre alguns pontos:

Primeiro ponto: por trás da redação do dispositivo que incluiu a previsão de colisão e ponderação de normas no novo Código de Processo Civil, sempre esteve presente - e de maneira inequívoca - a preocupação com a adequada exposição das razões que justificam as decisões jurídicas, especialmente daquelas que se fundamentam em conceitos indeterminados princípios e demais elementos que poderiam ocultar decisões subjetivas.

Segundo ponto: em nenhum momento foi proposta uma redação que indicasse uma sugestão ou determinação do uso da ponderação como elemento de fundamentação de decisão. Os termos 'colisão' e 'ponderação' foram incluídos no novo Código pelo reconhecimento de que eles já constituem argumentos usados para fundamentar decisões questionáveis.

Quinto ponto: não houve preocupação quanto à definição qualitativa e/ou formal da norma passível de colisão e, por conseguinte, que enseja ponderação. Em tese, da redação do enunciado podem derivar confusões de diversas ordens.

Sexto ponto: não se viu na elaboração do novo Código qualquer preocupação quanto à definição de algo como um método oficial de ponderação. O único pressuposto da ponderação é a colisão de normas. Por conseguinte, não há espaço para controle de doutrinalidade das decisões: atendidos os requisitos impostos pelo art. 489, uma decisão não pode ser considerada inválida por não ter seguido a fórmula de ponderação do X ou Y.

Sétimo ponto: mesmo assim, não é qualquer caso de colisão de normas que habilita o uso da ponderação para fundamentar uma sentença. Os critérios de resolução de antinomia apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por exemplo, não foram revogados pelo novo Código. Lei posterior continua revogando a anterior, a lei especial continua revogando a geral, etc. (MEIRA, 2015, p. 79-80).

Os autores levantam alguns pontos a respeito da técnica de ponderação de normas, a que a decisão do Superior Tribunal de Justiça seleciona cinco: a) a discussão que permeou a redação do artigo teve sempre a preocupação com a fundamentação da decisão que tivesse que empregar a técnica de ponderação; b) no âmbito da discussão da redação do artigo, a ponderação não foi usada em nenhum momento como elemento de fundamentação da decisão, antes os termos “colisão” e “ponderação” foram adotados pelo reconhecimento de que eles já vêm sendo usados como argumentos para fundamentar decisões controversas; c) não

houve a devida delimitação do tipo de norma que pode ser objeto da ponderação, o que acabou gerando discussões e controvérsias; d) não houve, na elaboração do Código, a preocupação em determinar claramente um método oficial de ponderação, sendo dificultado o controle pela doutrina da aplicação da técnica; e) não é qualquer caso que autoriza o uso da ponderação para fundamentar a sentença automaticamente, sendo importante salientar que ainda há a vigência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que também tem métodos de resolução de antinomias.

Feito esse apanhado doutrinário, a corte constata um estado paradoxal de coisas: a ausência de critério claro de como e em quais casos deve ser usada a ponderação terminou por produzir receios de que o dispositivo em questão, que teve por finalidade diminuir a discricionariedade, acabou abrindo espaço para insegurança jurídica, dando abertura para que em sua aplicação surgissem decisões eivadas de aspectos subjetivos e alheios ao direito positivo (Superior Tribunal de Justiça, 2017, *online*).

Feita essas considerações, a corte lança mão da interpretação sistemática, à luz dos objetivos que orientam o Código de Processo Civil: o aprimoramento de técnicas processuais com a finalidade de alcançar maior efetividade na prestação jurisdicional e à orientação no sentido de criar uma jurisprudência íntegra, estável e coerente (Superior Tribunal de Justiça, 2017).

Neste sentido a corte fixa os seguintes entendimentos sobre o tema:

- a) o § 2º do art. 489 do CPC/2015 estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade da decisão judicial, sem revogar outros critérios de resolução de antinomias, tais como os apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;
- b) apenas se configura a nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador;
- c) o exame da validade/nulidade da decisão que aplicar a técnica da ponderação deve considerar o disposto nos arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015, segundo os quais a decisão judicial constitui um todo unitário a ser interpretado a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite;
- d) em recurso especial, a pretensão de revisão do mérito da ponderação efetuada pelo Tribunal de origem pressupõe que se trate de matéria

infraconstitucional, além da indicação, nas razões recursais, das normas conflitantes e das teses que embasam a sustentada violação/negativa de vigência da legislação federal;

e) tratando-se de decisão fundamentada eminentemente na ponderação entre normas ou princípios constitucionais, não cabe ao STJ apreciar a correção do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. (Superior Tribunal de Justiça, 2017, *online*)

Ou seja, a tese fixada pela corte determina como critério de nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 quando não for possível verificar, nos fundamentos da decisão, o motivo pelo qual a ponderação foi necessária no caso concreto e como se estruturou o juízo valorativo do aplicador. A respeito da validade da decisão que aplicar a técnica de ponderação, o Tribunal afirma que devem ser levados em consideração os dispostos no artigo 282 e 489, §3, do Código de Processo Civil, segundo a qual a decisão deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos, em conformidade com o princípio da boa-fé, ponto este que foi examinado acima na discussão sobre o artigo 489 a partir da doutrina de Nery (2018), não havendo nulidade quando não se verificar prejuízo à parte que o alega, ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte que possa se aproveitar da nulidade.

Quanto ao caso concreto, a corte atesta que a sua solução não é trivial no âmbito da hermenêutica constitucional, sendo antes considerada verdadeiramente o que se convencionou a chamar de *hard case* (Superior Tribunal de Justiça, 2017, *online*). O dispositivo da decisão consta como:

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial apenas quanto ao pedido de decretação da nulidade do acórdão recorrido e, nessa extensão, nego-lhe provimento. Na origem, os honorários sucumbenciais foram fixados, por equidade, em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) ficando majorados para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária a partir da publicação do presente acórdão, a serem pagos em favor da parte recorrida, nos termos do art. 85, §§ 8º e 11, do CPC/2015. É o voto. (Superior Tribunal de Justiça, 2017)

Deste modo, a corte decide no sentido de não acolher a pretensão da parte autora, não vislumbrando nulidade do acórdão, que é considerado pelo Tribunal como tendo motivação racional. Esse entendimento leva em consideração o fato de acórdão recorrido ter, segundo a corte, enfrentado todas as questões relevantes necessárias à solução da controvérsia e também ter apresentado de forma clara o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada por meio da exposição das razões fáticas e também jurídicas que fundamentaram o seu convencimento pela

prevalência da liberdade de expressão (Superior Tribunal de Justiça, 2017, online). Portanto, restou decidido o caso concreto pela adequação da decisão da instância inferior quanto à aplicação da ponderação de normas, afastando-se a tese da parte recorrente a respeito de sua alegada inadequação.

O Tribunal também fixa entendimento do que deve ser considerado adequado quando da aplicação do instituto da ponderação de normas, para eventuais casos futuros. O próprio Superior Tribunal de Justiça, classifica o caso como um *hard case*, demonstrando a complexidade que a ponderação pode apresentar em cada caso concreto, que, entretanto, teve uma solução para essa complexidade dada pela corte, a partir do estabelecimento de uma diretriz firmada por ela quando for necessária a avaliação da adequação do instituto no contexto da sua aplicação nos casos concretos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objeto a compreensão da mudança ocorrida no Direito Processual Civil, quando o paradigma neoprocessualista se tornou dominante. Para tal, se examinou a técnica de ponderação de normas, que, como foi explicitado, constitui uma técnica que acabou ganhando mais relevo no processo civil quando da passagem para o paradigma neoprocessualista, podendo ser considerada uma técnica representativa dele.

Para compreender esse novo paradigma processual, a partir do método de pesquisa documental se examinou suas origens na história e na filosofia, a partir de uma mudança mais geral no Direito, da dominância da perspectiva positivista para a perspectiva pós-positivista, ocasionada no século 20. Também foi relacionado o neoprocessualismo com o novo paradigma do Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo.

Pontuada a importância que a ponderação de normas passa a ter neste contexto, se analisou o lugar desta técnica normativa no Novo Código de Processo Civil, momento em que também foi analisado o seu conceito por parte da doutrina. Essa discussão pôde ser melhor contextualizada quando foi examinado a sua aplicação na prática a partir da análise do Recurso Especial 1.765.579-SP, onde, no âmbito do caso concreto, a corte, na decisão, examinou a natureza da ponderação de princípios no Novo Código de Processo Civil, fixando teses de sua aplicação.

A ponderação de normas constante no artigo 489 do CPC se revelou ter

aplicação complexa, podendo ocasionar o que o Tribunal chamou de *hard case*. Entretanto, no caso concreto objeto de estudo, a corte decidiu a questão, fixando também teses gerais sobre nulidade por violação do §2 do artigo 489 e sobre a ponderação de normas.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. **Riscos da Ponderação à Brasileira**. São Paulo: Revista de Processo, vol. 269/2017, p. 109-138, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil** - vol. II. 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** - 18 ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2018.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 48, n. 189, jan/mar. 2011.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico**. Trad. Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. DOU, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. DOU, Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mai. 2025.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, número vol.17, dez, 2008.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 3 - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LOURENÇO, Haroldo. **O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, vol. 14, n. 56, p. 74 - 107, out-dez, 2011.

MEIRA, Danilo Christiano Antunes e RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Colisão e ponderação de normas na elaboração do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 246. São Paulo: Ed. RT, 2015.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3 ed. -São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 26, 2006.

_____. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, vol. 2, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.765.579 - SP (2017/0295361-7)**, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portaip/Processos/Consulta-Processual>>. Acesso em: 21 mai. 2025

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação Cível nº 1024271-28.2015.8.26.0100**, Relator Viviani Nicolau, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Processos>>. Acesso em: 21 mai. 2025.

VAUGHN, Gustavo Favero; VEIGA, Natália Salva. **Reflexões sobre a técnica da ponderação no Novo Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol.971, set, 2016