

A NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ARTIGO 489, § 2º, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ricardo Pacheco Mesquita de Freitas

THE NECESSITY OF RESTRICTIVE INTERPRETATION OF THE ARTICLE 489, §2º OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a necessidade de interpretar restritivamente o § 2º do art. 489 da Lei 13.105/2015, tendo em vista que a interpretação literal deste poderia ameaçar o Estado de Direito e a segurança jurídica, ainda mais no presente contexto jurídico brasileiro. Inicialmente, será estabelecido o conceito de norma jurídica e ressaltada sua subdivisão em normas-princípio e normas-regra, enaltecida a força normativa dos princípios. Em seguida, será apresentada a inconveniência do § 2º do art. 489 da Lei 13.105/2015 e os danos que podem advir de sua interpretação literal. Por fim, serão delimitadas as causas agravantes da insegurança jurídica no Brasil, que pode ser potencializada por uma interpretação ampliativa do dispositivo analisado, chegando-se à conclusão, com base na pesquisa realizada, que, com o intuito de resguardar o Estado de Direito e de prestigiar a segurança jurídica, é necessário que a palavra “normas”, constante do art. 489, § 2º, do Novo CPC, seja interpretada restritivamente, como sinônimo de princípios.

» **PALAVRAS-CHAVE:** NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SEGURANÇA JURÍDICA. DECISÕES JUDICIAIS. SINCRETISMO METODOLÓGICO. NEOCONSTITUCIONALISMO.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the need to interpret §2 of art. 489 of Law 13.105/2015, given that a literal interpretation has the potential to threaten the Rule of Law and Legal Certainty, especially in the current legal context in Brazil. First the concept of legal norm is established and we emphasize its subdivision in norms-principle and norms-rule, extolling the normative force of the principles. Next, we argue the inconvenience of §2 of art. 489 of Law 13.105/2015 and the damages that can be caused by its literal interpretation. Finally, the aggravating causes of the legal uncertainty in Brazil will be delineated. It can be potentialized by an expansive interpretation of the analyzed legal text, reaching the conclusion, based on the research carried out, that in order to safeguard the rule of law and to preserve legal certainty, the word “norms” in art. 489, §2 of the New Code of Civil Procedure should always be interpreted, strictly, as synonymous with principles.

» **KEYWORDS:** NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE. LEGAL CERTAINTY. JUDICIAL DECISIONS. METHODOLOGICAL SYNCRETISM. NEOCONSTITUTIONALISM.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa defender a inconveniência da redação atual do art. 489, § 2º, do novo Código de Processo Civil e desvelar a insegurança jurídica que pode ser desencadeada pela má interpretação desse dispositivo legal, haja vista as ameaças ao Estado de Direito advindas da deturpação do conceito e do sentido de norma jurídica, em virtude dos fenômenos, cada vez mais recorrentes, do “sincretismo metodológico” e do “pamprinciologismo” (STRECK, 2013).

Para tanto, na primeira parte do trabalho, serão expostos os principais conceitos de norma jurídica e suas espécies bem como a necessidade da

força normativa dos princípios jurídicos para a manutenção do equilíbrio do direito, ao criarem um sistema não tão rígido quanto um sistema puro de regras, nem tão flexível quanto um sistema de princípios.

Na segunda parte, será apresentada a redação vigente do § 2º do art. 489 do novo Código de Processo Civil e apontada sua falha técnica por meio da utilização da técnica de ponderação para resolução de conflitos entre “normas”, sem definir suas espécies.

Por fim, na terceira parte, serão expostas as principais causas de insegurança jurídica no direito brasileiro, que podem ser potencializadas pela inexistência do termo “normas” no dispositivo de lei analisado.

É necessário esclarecer, ainda, que os princípios tratados neste trabalho são aqueles de vertente constitucional, que em nada se identificam com os denominados princípios gerais de direito e que foram criados para resolver as lacunas legislativas de matriz puramente positivista.

1 A NORMA JURÍDICA: NECESSIDADE DA FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Neste tópico, será exposto o conceito de norma jurídica e suas espécies bem como a necessidade da força normativa dos princípios jurídicos e suas principais construções teóricas e modos de aplicação.

1.1 AS REGRAS E OS PRINCÍPIOS – A INSUFICIÊNCIA DE UM SISTEMA DE REGRAS JURÍDICAS

Para conceituar o que são normas, é preciso entender o que é o direito. Em passagem bastante marcante, Limongi (1971, p. 21) expressa ser o direito:

[...] conjunto das normas sociais coercitivas, que regem a questão do meu e do seu. Essas normas, sejam elas emanadas diretamente do Poder Público, sejam oriundas da lenta elaboração da consciência popular, sejam ainda produzidas pelo Direito Científico, não são, não podem ser geradas irracionalmente, sem a obediência de princípios básicos, à falta de cuja informação lhes não seria dado alcançar os fins a que se destinam.

Ora, é possível afirmar que a primeira expressão do direito se dá no universo fenomênico, por meio de princípios, normas com alto grau de abstração que visam regular os casos concretos.

É cediço que o estudo dos princípios remonta principalmente aos trabalhos de natureza jusnaturalista, isto é, desde o jusnaturalismo clássico (grego e romano) até a filosofia do direito natural do séc. XX (NADER, 1998, p. 91-5).

Em suas várias fases de desenvolvimento, os princípios sempre procuraram expressar uma manifestação da Justiça, ou seja, a busca incessante por postulados de justiça com aspirações universais, com certa característica abstrata e metafísica, cuja eficácia se aproxima de uma leitura axiológica do direito (BONAVIDES, 2006, p. 234).

No jusnaturalismo clássico, o direito natural era tido por um conjunto de princípios superiores às regras positivas, pois eram considerados como manifestações da própria Justiça. Assim, Aristóteles (1996, p. 206) expressava que “A justiça política é em parte natural e em parte legal; são naturais as

coisas que em todos os lugares têm a mesma força e não dependem de as aceitarmos ou não [...]”. Percebe-se claramente essa distinção entre Direito Natural e Direito Positivo na tragédia grega Antígona, de Sófocles (2006), na qual as leis divinas se sobrepõem às normas escritas pelos homens.

No jusnaturalismo medieval, com sua expressão máxima em Tomás de Aquino, o direito natural parte de uma concepção divina da natureza, que transcende a vontade humana; dessa forma, os princípios emanados desse direito serviriam como “critério de validade” das normas escritas. Para Tomás de Aquino, “Qualquer lei estabelecida pelos homens é autêntica na medida em que deriva da lei da natureza; se discordar desta, já não será uma lei, mas corrupção de lei” (apud BOBBIO, 1998, p. 40).

Após esse período, o jusnaturalismo passa por um verdadeiro processo de secularização, aproximando o direito da moral, para reconhecer o direito natural como conceito apriorístico, apresentado de forma puramente racional. Os principais nomes desse jusnaturalismo moderno são Grócio e Kant (BOBBIO, 1995, p. 22).

No entanto, do positivismo jurídico, derivado do positivismo sociológico de Auguste Comte, adveio forte reação às doutrinas jusnaturalistas e extrema repulsa à aproximação entre conceitos do direito e da moral:

O positivismo nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato (BOBBIO, 1995, p. 135).

De acordo com os ditames positivistas, mesmo nas hipóteses de ausência de regras específicas, o caso concreto deve ser resolvido discricionariamente pela autoridade responsável, que deveria criar uma nova regra ou complementar alguma já existente (BOBBIO, 1995, p. 138-41).

Em conformidade, ainda, com essa seara positivista, os princípios são vistos como interpretações do sistema de regramento adotado, isto é, são conteúdos extraídos do próprio sistema normativo formado de regras.

Entretanto, é forçoso reconhecer que um sistema formado exclusivamente por regras jurídicas está fadado ao fracasso, uma vez que há casos em que, se houver lacuna na legislação, não se poderá confiar exclusivamente na discricionariedade do julgador para resolvê-los.

Em uma passagem extremamente pertinente, Ávila apregoa que:

[...] um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem a uma. Tal observação é da mais alta relevância, notadamente tendo em vista o fato de que a Constituição Brasileira é repleta de regras, especialmente de competência, cuja finalidade é, precisamente, alocar e limitar o exercício do poder (2011, p. 120-1).

O Holocausto nazista, ocorrido na Segunda Guerra Mundial, é sempre lembrado por simbolizar uma “legalização do mal”, já que a maior defesa dos militares nazistas no pós-guerra era a de estrito cumprimento do dever legal e das ordens emanadas pelos superiores, que se encontravam em consonância com o que expressava o regramento legal. Apesar da polêmica em torno desse assunto, o positivismo jurídico no pós-guerra foi incessantemente atacado por ser supostamente “responsável” por ajudar a legitimar um cenário propício ao desenvolvimento e à manutenção do nazismo, já que o positivismo se pautava simplesmente por um critério de validade ou invalidez das normas e pelo esvaziamento de qualquer conteúdo valorativo.

Assim, é ilustrativa a passagem do livro do próprio Hitler – “*Mein Kampf*”:

Os direitos humanos estão acima dos direitos do Estado. Se, porém, na luta pelos direitos humanos, uma raça é subjugada, significa isso que ela pesou muito pouco na balança do destino para ter a felicidade de continuar a existir neste mundo terrestre, pois quem não é capaz de lutar pela vida tem o seu fim decretado pela providência (1983, p. 93).

Tais deturpações dos direitos humanos foram reputadas possíveis em um contexto positivista, pois, no positivismo jurídico, os direitos devem obrigatoriamente emanar do Estado, respeitados apenas os critérios de validade da norma. No caso dos direitos humanos, sua essência consiste justamente em direitos utilizados primeiramente contra a organização estatal, do que decorre a necessidade de buscar um fundamento mais profundo do que o simples reconhecimento estatal para a vigência de tais direitos (COMPARATO, 2003, p. 35).

A partir do término da Segunda Guerra Mundial, surgiram várias teorias de reaproximação entre o direito e a moral, o que trouxe a lume teses jurídicas de normatividade e força cogente dos princípios jurídicos, sobretudo dos direitos fundamentais, forçando a norma jurídica, incorporada à figura do princípio, a carregar uma carga valorativa que impedisse um novo Holocausto, isto é, uma deturpação do sentido das regras jurídicas que pudesse culminar em outra tragédia.

É nesse cenário, ainda em construção, que se encontra a ciência jurídica relativa ao estudo das normas jurídicas, as quais são subdivididas, portanto, em regras e princípios.

1.2 AS CONSTRUÇÕES TEÓRICAS ACERCA DO CONCEITO DE PRINCÍPIO E SUA APLICAÇÃO

Ronald Dworkin deu início a uma discussão extremamente pertinente sobre o sistema de regras positivistas, com a seguinte pergunta: existe uma única resposta para todo caso jurídico? (ALEXY, 1988, p. 1).

Essa polêmica visava atacar diretamente as teorias positivistas de Hart e, principalmente, as de Hans Kelsen, segundo as quais não era possível haver resposta única para toda hipótese, visto que, no caso de lacuna no ordenamento jurídico, o juiz poderia se desvincular do sistema e, atuando como um legislador, decidir conforme argumentos e proposições extrajurídicas (ALEXY, 1988, p. 2).

Dworkin, portanto, sugeriu um modelo baseado em princípios e regras, de acordo com o qual a única resposta correta para cada caso seria aquela que melhor pudesse ser justificada por

uma teoria substantiva que contivesse princípios e a respectiva ponderação deles; e que melhor se relacionasse com a Constituição, com as regras jurídicas e com os precedentes (ALEXY, 1988, p. 2).

Como já apontado no tópico anterior, um sistema jurídico formado apenas por regras é inviável, tal como um sistema jurídico composto apenas por princípios. Desta forma, não há outra saída, senão considerar que o ordenamento jurídico é formado por normas que se subdividem em princípios e regras.

De acordo com esse paradigma, é necessário fazer a devida distinção entre as espécies de normas. Essa discussão não é de maneira alguma inédita e se afigura como tema bastante polêmico; porém, neste artigo, será limitada às principais conceituações:

Acabei de mencionar “princípios (*principles*), políticas (*policies*) e outros tipos de padrões (*standards*)”. Com muita frequência, utilizarei o termo “princípio” de maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões (*standards*) que não são regras (*rules*); eventualmente, porém, serei mais preciso e estaberecerei uma distinção entre princípios e políticas. Ainda que o presente argumento nada vá depender dessa distinção, devo expor como cheguei a ela. Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio (DWORKIN, 2002, p. 36).

O conceito de princípio em Dworkin (2002, p. 36), por estar ligado a uma noção de justiça e à moral, possui inspiração claramente jusnaturalista. Logo, advoga que a distinção entre princípios e regras está na dimensão dos primeiros. Enquanto as regras têm dimensão apenas de validade (tudo ou nada – *all or nothing*), isto é, aplicam-se, ou não, a um caso, os princípios têm dimensão de peso, ou seja, em um embate, ambos terão validade e ambos se aplicarão a um caso; entretanto, um deles será mais “pesado” do que o outro para a solução da demanda.

Alexy (1997, p. 162), partindo da mesma premissa de que a distinção entre princípios e regras é qualitativa, conceitua os primeiros como mandados de otimização, ou seja, algo que se estabelece, na maior medida possível, onde a realização completa de um princípio esbarra na realização completa de outro; dessa maneira, em uma colisão de princípios, deve haver o sopesamento entre eles e a aplicação da técnica da proporcionalidade (comumente chamada de ponderação), na qual, dependendo das variáveis fáticas, são sopesados os princípios ligados ao problema, a fim de chegar a um resultado.

No direito brasileiro, os princípios jurídicos são conceituados tradicionalmente como “mandamentos nucleares”, “disposições fundamentais” de um sistema (MELLO, 2003, p. 817-8), ou, ainda, como “núcleos de ordenações” (CANOTILHO, 1991, p. 49). Essas conceituações tradicionais em nada têm a ver com aquelas empreendidas por Dworkin ou Alexy, uma vez que se relacionam a uma matriz positivista. Afinal, os princípios, no positivismo, destinavam-se a manifestar o cerne

do sistema de regras jurídicas, isto é, advinham das regras, portanto, eram uma construção interpretativa de seus “núcleos”.

Entretanto, diversas construções jurídicas acerca desse tema elencam os conceitos de Robert Alexy e Ronald Dworkin e, ao adentrarem nas tipologias e nos exemplos, utilizam a conceituação tradicional brasileira (SILVA, 2003, p. 613).

Ora, para Alexy (1997, p. 162), vários princípios assim nomeados e difundidos no direito brasileiro não são sequer princípios. De acordo com essa perspectiva, o princípio da legalidade não seria um princípio, e sim uma regra jurídica, pois a disposição “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” poderia ser sopesada? Nos moldes descritos por Dworkin (2002, p. 30-42), trata-se do mesmo raciocínio, é regra, já que a esta é aplicável de maneira “tudo ou nada”.

Além do mais, as regras e os princípios possuem funções totalmente diferentes, não havendo de falar em primazia de uma sobre a outra, principalmente em nossa Constituição, que é formada precipuamente de regras jurídicas, pois estas têm a função de eliminar ou de reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder, diminuindo a arbitrariedade e a incerteza e gerando ganhos na previsibilidade para a maior parte dos casos (ÁVILA, 2009, p. 4).

Deste modo, em um embate entre regra constitucional e princípio constitucional, aplica-se a regra, pois o próprio constituinte já fez a escolha, que não pode ser ignorada, acerca da solução de tal conflito: “Entender de modo contrário, é interpretar como descartáveis normas que a Constituição quis resistentes a uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela quis objetivamente enrijecer” (ÁVILA, 2009, p. 5).

2 A INCONVENIÊNCIA DO § 2º DO ART. 489 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Inicialmente, cumpre expor a redação do artigo de lei aqui debatido:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 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.

O problema que se verifica nesse caso é de matriz puramente técnica, haja vista que a redação do referido parágrafo permite utilizar a ponderação no caso de colisão entre normas jurídicas, e, conforme visto, norma jurídica pode ser tanto uma regra quanto um princípio.

Ora, a técnica da ponderação, conforme explanado, é utilizada amplamente no Brasil, para dirimir a colisão entre princípios jurídicos e para resolver casos difíceis; entretanto, a redação do aludido artigo permite, pelo menos em tese, a ponderação entre regras jurídicas, fato tecnicamente inviável, já que estas não comportam qualquer tipo de ponderação, nem podem, devendo ser aplicadas por meio da interpretação e da subsunção, o que já é por demais difícil de conciliar, pois até

mesmo uma palavra pode conter diversos significados que, dependendo do esforço hermenêutico, podem levar a consequências jurídicas totalmente distintas. Sobre isso já se pronunciou Dworkin (2005, p. 189).

De qualquer modo, o argumento da imprecisão comete um erro adicional. Supõe que o legislador aprova uma lei, o efeito desta lei sobre o Direito é determinado exclusivamente pelo significado abstrato das palavras que usou, de modo que se as palavras são imprecisas, deve decorrer daí, que o impacto da lei sobre o Direito deve, de alguma maneira, ser indeterminado. Mas esta suposição está claramente errada, pois os critérios de um jurista para estabelecer o impacto de um lei sobre o Direito podem incluir cânones de interpretação ou explicação legal que determinam que força se deve considerar que uma palavra imprecisa tem num ocasião particular, ou, pelo menos, fazer sua força depender de questões adicionais que, em princípio, têm uma resposta certa.

Desta forma, caso se admita a ponderação entre regras jurídicas, haveria sério risco à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito, ainda mais nesse momento, em que o Brasil passa por uma crise de “decisionismos”, “criação” e aplicação exagerada de princípios bem como de sincretismos metodológicos.

Um dos maiores desafios da atualidade, principalmente no que se refere à aplicação dos princípios, é conciliar a segurança jurídica com a necessidade de tomada de decisões corretas, isto é, até que ponto a segurança jurídica poderá ser sacrificada, para que se possa, no direito, julgar corretamente, já que uma decisão aplicadora de Princípios Constitucionais traz consigo alta carga valorativa. Haveria o caos, se, para aplicar as regras, fosse também utilizado esse mesmo expediente de ponderação.

Assim, enaltecendo a necessidade de fundamentação das decisões por meio de uma linha argumentativa lógica, Habermas (2003, p. 281) expressa o seguinte.

[...] “Correção” significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos. Certamente a validade de um juízo é definida a partir do preenchimento das condições de validade. No entanto, para saber se estão preenchidas, não basta lançar mão de evidências empíricas diretas ou de fatos dados numa visão ideal: isso só é possível através do discurso – ou seja, pelo caminho de uma fundamentação que se desenrola argumentativamente. [...].

O recorte que deve ser realizado, portanto, é que, no direito brasileiro, a relativização da segurança jurídica por meio da ponderação só pode ocorrer no caso de aplicação dos princípios postos na Constituição Federal. Nos demais casos, devem prevalecer as regras jurídicas infraconstitucionais pertinentes, só afastadas em razão da existência de princípio constitucional ou de regra constitucional aplicável ao caso.

Na hipótese de regra jurídica, a ponderação já é realizada no próprio processo legislativo, quando o legislador opta por criar uma norma estruturalmente definitiva. Tanto é verdade, que as regras jurídicas não colidem e devem ser analisadas somente sob a dimensão de validade, uma vez que não podem ser analisadas sob a dimensão de peso. Caso contrário, se as regras jurídicas, que formam a maioria esmagadora das normas do nosso ordenamento jurídico, não tivessem caráter definitivo e abarcassem a dimensão de peso, não haveria qualquer espécie de segurança jurídica, pois estariam sujeitas às intempéries da ponderação.

Streck (2010, p. 165-6) apregoa que um dos problemas do Estado Democrático de Direito é a ausência de escolha de um paradigma capaz de nortear a aplicação do direito. O autor defende que a aplicação do direito deve se dar por meio da hermenêutica (filosófica), com base na qual é tomada uma posição não relativista nas decisões, isto é, há, sim, uma decisão correta para cada caso, e a correção dela é aferida por sua adequação à Constituição.

Ora, ao ser transposta uma teoria argumentativa para o Brasil, é óbvio que os argumentos e os métodos utilizados no deslinde da demanda devem ser conformes à Carta Magna.

Tendo em vista a necessidade de garantia do Estado de Direito e da própria segurança jurídica, a palavra “normas”, no art. 489, § 2º, do Novo CPC, deve sempre ser interpretada como sinônimo de princípios, uma vez que a interpretação ampliativa levaria a um caos maior do que o já vivenciado atualmente.

3 AS CAUSAS AGRAVANTES DE INSEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme exposto, a segurança jurídica deve ser relativizada, em alguns casos, para aplicação de princípios e tomada de decisões “justas”; entretanto, o que se percebe atualmente, no cenário jurídico brasileiro, é a aplicação e a “criação” errônea de princípios “constitucionais”, do que decorre não haver, nas decisões, um mínimo de aceitabilidade racional, apoiada em argumentos sólidos. Verifica-se, ainda, a aplicação de teorias e correntes doutrinárias incompatíveis entre si e, até mesmo, com o ordenamento jurídico pátrio (sincretismo metodológico), fatos esses que, aliados a uma interpretação ampliativa do art. 489, § 2º, do Novo CPC, levarão o Estado de Direito ao declínio.

3.1 O SINCRETISMO METODOLÓGICO

Em linhas gerais, sincretismo metodológico foi conceituação cunhada por Virgílio Afonso da Silva acerca de um fenômeno que vem ganhando bastante força no Brasil, o qual consiste na adoção de teorias incompatíveis, como se compatíveis fossem:

Um exemplo bastante acentuado de sincretismo metodológico no campo da distinção entre regras e princípios pode ser encontrado na obra de Ruy Samuel Espíndola, Conceito de princípios constitucionais [...]. O autor critica a doutrina brasileira sobre princípios por não se utilizar dos “clássicos principialistas” (sic), como Boulanger, Dworkin, Alexy, Canaris, Esser, Luhmann, Larenz, Müller, Krawietz, Zagrebelsky, Crisafulli, Enterría, Scheuner, Engisch e Ross. O próprio Espíndola, entretanto, não só não se utiliza de obras de quase nenhum deles, como também não explica como compatibilizar autores tão díspares, muitos dos quais, a despeito de serem por ele chamados de “clássicos principialistas”, nunca se dedicaram a construir uma teoria sobre princípios constitucionais (SILVA, 2003, p. 625-6).

Na prática, há um exemplo claro de verdadeiro sincretismo metodológico no “Caso Ellwanger”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2003, o qual, para melhor debate, deve ser conhecido:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. **Escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de**

racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. **Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.** 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. **Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social.** Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, “islamafobia” e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. **Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.** 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discriminar com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). **O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.** 15. “Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escolhe sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento”. No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada (STF, Tribunal Pleno, HC n. 82424, Relator Min. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, DJe de 19/3/2004). [grifo do autor].

Nessa decisão, verifica-se que os Ministros do STF delimitam o direito à liberdade de expressão sob uma perspectiva teórica interna (embasada na Teoria Estruturante de Müller, segundo a qual não há espaço, nos direitos fundamentais, para colisões e sopesamentos, já que, no processo de concretização da norma jurídica, já se delimita seu alcance e conteúdo a partir do caso concreto), perpetrada, assim, a teoria interna, quando, *a priori*, são excluídas do conceito de liberdade de expressão “manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal” (MAGALHÃES, 2009, p. 6.656-7).

Delimitando a norma com base em uma teoria interna, em seguida o direito é considerado como princípio e sopesado com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana nos moldes de uma teoria externa dos direitos fundamentais, na qual estes possuem um conceito que só poderá ser delimitado de acordo com o caso concreto, teoria apregoada por Alexy; dessa forma, é criada uma decisão verdadeiramente sincrética (MAGALHÃES, 2009, p. 6.656-7).

O perigo real da existência, e principalmente da aceitação, desse tipo de “sincretismo metodológico” reside na ausência de aceitabilidade racional, pois esta é apoiada em argumentos vazios cuja utilização, sem nenhuma compatibilidade, dá a entender que a decisão já havia sido tomada e buscou-se fundamentá-la com quaisquer argumentos cabíveis.

É imperioso anotar, ainda, que um discurso sincrético é ausente de fundamentação do ponto de vista metodológico, pois não é possível compreender os caminhos trilhados e os conceitos utilizados na construção do *decisum* (MAGALHÃES, 2009, p. 6.658).

Na doutrina, verifica-se esse sincretismo metodológico ainda mais arraigado nos chamados “princípios constitucionais de interpretação”, que, em grande maioria, foram retirados da obra de Hesse (1998), que trata dos Elementos de Direito Constitucional na República Federativa da Alemanha.

Silva (2007, p. 121) verifica que tais “princípios constitucionais de interpretação” sequer são populares ou debatidos na Alemanha e que apenas o “princípio interpretativo” da unidade da Constituição pode ser visualizado em algumas outras obras alemãs.

Entretanto, no Brasil, tais postulados têm tal popularidade e força na doutrina e na jurisprudência, que são adotados como se fossem universais e cogentes e, principalmente, como se, na Alemanha, fossem corriqueiros.

Nesse caso, a problemática dos conceitos interpretativos não se mostra bastante pertinente pragmaticamente, pois realmente o debate acerca dos “princípios” de interpretação constitucional não tem quase nenhuma importância prática, pois visa apenas a dissociar os conceitos de hermenêutica do direito privado (conceitos tradicionais) dos conceitos utilizados na interpretação da Constituição (SILVA, 2007, p. 140-1).

Tal fato, apesar de não refletir perigo real, na prática contribui para a ausência de “personalidade” do direito brasileiro, ou seja, em vez de a doutrina pátria discorrer sobre postulados inter-

pretativos aplicáveis à Constituição brasileira, são adotados postulados estrangeiros, aplicados em outros momentos e contextos totalmente diferentes, como se fossem universais.

Tais influências teóricas, ao serem abrigadas nas decisões judiciais, trazem, com certeza, certa insegurança jurídica, pois retiram a fundamentação das decisões, ao ocultar o caminho trilhado hermeneuticamente para se chegar à *ratio decidendi*, afastando da decisão sua necessária aceitabilidade racional, fundada em argumentos coerentes e compatíveis.

Assim, optar por uma interpretação ampliativa do art. 489, § 2º, do Novo CPC só contribuirá ainda mais para o agravamento do sincretismo metodológico existente em várias decisões no Brasil, ao compatibilizar a técnica de ponderação (originalmente incompatível) com a colisão entre as regras jurídicas ou entre os princípios e as regras.

3.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

O neoconstitucionalismo no Brasil se desenvolveu com base em um cenário de “pós-positivismo”, assim definido por Barroso e Barcelos (2003, p. 27-8) como:

[...] designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. [...] O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito.

Nesse cenário, o neoconstitucionalismo pretende alterar o direito vigente, propondo uma “nova hermenêutica constitucional”, por meio da qual se luta por mais princípios do que por regras, por mais ponderação do que subsunção, pela supremacia da Constituição em todas as searas e conflitos e pela coexistência de valores (até mesmo opostos) na aplicação das normas (SANCHÍS, 2003, p. 117).

Essa nova interpretação, de acordo com os neoconstitucionalistas, é uma clara oposição ao positivismo jurídico (dito por eles com conotação pejorativa) e classifica as normas constitucionais como cláusulas abertas, de conteúdo principiológico e extremamente dependente da realidade, não expressando sentido único ou objetivo, em que a descrição da norma “demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas” (BARROSO; BARCELOS, 2003, p. 5).

Tal postulado parece ser muito cativante, pois convida o jurista, o intérprete, a alterar a realidade por meio da interpretação; contudo, tal teoria pode até mesmo aniquilar a ideia de Estado de Direito, pois, se a constitucionalidade das normas for constantemente atacada por intérpretes – por meio da utilização de princípios como parâmetro e ponderação como técnica –, as normas perderão

a capacidade de guiar as condutas individuais, o que pode ensejar uma atuação mais subjetiva dos agentes públicos (GALVÃO, 2012, p. 19).

Galvão (2012, p. 17), inclusive, apresenta exemplo contundente, no qual o STF ficou discutindo, por quase 11 horas, a aplicabilidade do princípio constitucional da moralidade sobre a regra constitucional exposta no art. 16 da Constituição Federal. Esse fato acentua os perigos da utilização do neoconstitucionalismo e suas implicações quanto ao Estado de Direito e à segurança jurídica, pois substituiria as razões de existência da norma pelas razões do intérprete, tornando a aplicação do direito imprevisível e destituída de qualquer segurança.

Portanto, o neoconstitucionalismo, aliado a uma interpretação ampliativa e literal do art. 489, § 2º, do Novo CPC, constitui uma ameaça à segurança jurídica, porque prega o menosprezo pela lei, o que agride, inclusive, a separação dos poderes e a própria democracia, uma vez que o juiz neoconstitucionalista faz as vezes do legislador, cuja função primária é “densificar” os princípios constitucionais e regulamentar sua aplicação aos casos concretos. Além disso, o juiz se torna um governante sem legitimidade, pois é o povo que exerce o poder diretamente ou por meio de seus representantes eleitos (FERREIRA FILHO, 2009, p. 164).

CONCLUSÃO

Apesar de haver a necessidade da existência e da aplicação dos princípios jurídicos com força normativa, para tentar fugir da aplicação discricionária do direito (positivismo), tal aplicação, por si só, jamais poderá levar à insegurança jurídica, pois é imprescindível para a solução de casos difíceis, nos quais há conflito entre princípios constitucionais. O mesmo não se pode dizer das regras jurídicas, que se aplicam, ou não, ao caso em sua inteireza, independentemente de ponderação.

Depreende-se disso que os fatores de insegurança jurídica na atual conjuntura consubstanciam-se na fundamentação dos atos decisórios judiciais por meio de teorias incompatíveis entre si e na utilização de pretensos princípios jurídicos amparados em proposições vazias e extremamente genéricas, que obscurecem o caminho trilhado pelo aplicador do direito na feitura do ato decisório, fatores que só se agravam com uma interpretação ampliativa do art. 489, § 2º, do Novo CPC.

Desta feita, tendo em vista a necessidade de garantia do Estado de Direito e da própria segurança jurídica, a palavra “normas”, no art. 489, § 2º, do Novo CPC deve sempre ser interpretada como sinônimo de princípios, uma vez que uma interpretação ampliativa levaria a um caos maior do que o vivenciado atualmente no ordenamento pátrio.

Aprovado em: 28/11/2017. Recebido em: 1º/9/2017.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Revista DOXA n. 05. 1988. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>>. Acesso em: 28 set. 2014.
- AQUINO, Tomás de. *Summa Theologica*. In BOBBIO, Norbert. Locke e o Direito Natural. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Nova Cultural: São Paulo, 1996.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Salvador: Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 17. 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/>>. Acesso em: 1º mar. 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paulo de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro*. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, Rio de Janeiro, 2003.
- BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28 nov. 2015.
- BOBBIO, Norbert. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed., Saraiva: São Paulo, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Notas sobre o Direito Constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira*. In: Revista de Direito Administrativo, v. 250, 2009. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/>>. Acesso em: 1º mar. 2015.
- FRANÇA, R. Limongi. *Princípios gerais de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. Tese de Doutorado em Direito do Estado. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-113523/>>. Acesso em: 1º mar. 2015.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- HITLER, Adolf. *Minha luta*. São Paulo: Editora Moraes, 1983.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999.
- MAGALHÃES, Vinicius de Mattos; MARTINS, Martha Priscylla Monteiro Joca. *A construção hermenêutica do Supremo Tribunal Federal na interpretação das restrições a direitos fundamentais e o sincretismo metodológico: um estudo do "caso Ellwanger"*. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPE-DI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/1886.pdf>. Acesso: 28 set. 2014.
- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SANCHÍS, Luís Prieto. *Sobre o Neoconstitucionalismo y sus implicaciones*. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca da discussão*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Del Rey, Belo Horizonte, 2003.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Donaldo Schüller. Porto Alegre: L&PM, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus nº 82424-RS**, Relator: Min. MOREIRA ALVES, julgado em 17/09/2003, publicado no DJe em 19-03-2004. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br>> Acesso em: 29 set. 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Aplicar a “letra da Lei” é uma atitude positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, vol. 15, n. 1, 2010. Disponível em <<http://www.univali.br/>>. Acesso em: 28 set. 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito**. Consultor Jurídico, 10 out. 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 28 set. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real**. Academia Mineira de Letras Jurídicas, 2009. Disponível em <<http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-busca-da-verdade-real>>. Acesso em: 29 set. 2014.

Ricardo Pacheco Mesquita de Freitas

Mestrado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Graduação em Direito pela Universidade de Uberaba/UNIUBE.

Pós-graduação lato sensu em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera/

UniDERP.

Advogado.

contato@rfreitas.adv.br