

# DECISÃO JUDICIAL E OS LIMITES DO JURIDICAMENTE POSSÍVEL

TARCÍSIO GERMANO DE LEMOS FILHO<sup>61</sup>

SUMÁRIO: Introdução 1. A inafastabilidade da jurisdição como princípio constitucional 1.2. Possibilidade jurídica do pedido 1.3.As possibilidades jurídicas. 2. As possibilidades legais argumentativas. 3. A argumentação jurídica e o juridicamente possível. Considerações finais. Referências das fontes

<b>RESUMO:</b> O presente artigo visa abordar a possível existência de limites ao exercício do direito de ação e ao conseqüente direito a um provimento de mérito, buscando enfrentá-lo em conformidade com o poder de agir em juízo, enquanto garantia fundamental absoluta e irrestrita. A partir do posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre a chamada “possibilidade jurídica do pedido”, o estudo vale-se de enfoques variados sobre os contornos e o conteúdo da decisão judicial, que permitem ao juiz solucionar a lide sem afrontar a legalidade, ainda que se sirva de critérios valorativos.	<b>ABSTRACT:</b> This article aims to address the possible existence of limits to the exercise of the right of action and the consequent right to provision of merit, seeking to address it in accordance with the power to sue, as an absolute and unrestricted fundamental guarantee. Taking a doctrinal and jurisprudential position on the so-called "legal possibility of the application," the study draws on various approaches to the contours and content of the judgment which allow the court to resolve the case without infringing the law, and at the same time to use value criteria.
<b>Palavras chave:</b> direito de acesso ao Judiciário-princípios constitucionais-possibilidade jurídica do pedido	<b>Keywords:</b> right of access to the judiciary-constitutional principles-legal possibility of the application

<sup>61</sup> Pós-Doutorado em Direitos Sociais pelo Centro de Estudos Brasileiros da Universidade de Salamanca. Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e pela Università degli Studi di Perugia, Mestre em Direito Processual Civil pela PUCCAMP, professor de Direito Processual Civil do curso de graduação em Direito pela Unianchieta, Jundiaí-SP, advogado, E-mail: [tarcisio@germanodelemos.com.br](mailto:tarcisio@germanodelemos.com.br). Artigo inédito produzido em 2014, revisto e atualizado.

## INTRODUÇÃO:

Inicialmente traçada como condição autônoma do direito de agir e posteriormente incluída pela doutrina como um componente do interesse processual<sup>62</sup>, o conceito de pedido juridicamente possível sofreu aperfeiçoamento da doutrina, que passou a enxergá-lo como um dos componentes do interesse processual, posto que a utilidade e a necessidade de um provimento judicial definitivo não poderiam integrar pretensão em desacordo com o ordenamento jurídico.

Nada obstante tenha se mantido soberana na lei processual de 1973 como um terceiro componente do direito de acesso à coisa julgada material, vem agora a possibilidade jurídica do pedido excluída desse rol na redação do novo Código de Processo Civil, apegando-se a alteração legislativa à lesão em abstrato do direito e à necessidade de intervenção em favor de quem esteja titulado a defendê-lo, como parâmetros suficientes à entrega da prestação jurisdicional completa.

Em um contexto histórico e político em que se propõe o acesso à Justiça como uma das formas mais relevantes de afirmação da cidadania, ao lado de um crescente prestígio doutrinário e jurisprudencial em face de decisões judiciais com nítido componente principiológico, criam-se condições para a minimização de limites em favor do direito de postular e de se obter uma resposta estatal a reclamos que nem sempre se encontram compreendidos no direito positivo de modo claro.

Passa a ser necessário compreender, diante de tais contingências, se o direito de acesso ao Judiciário anuncia-se como absolutamente irrestrito, bem como se o seu exercício, justamente em função desse grau máximo que se pretende a ele atribuir, pode ser delimitado, ou ao menos coexistir, com os princípios da legalidade e da igualdade, ou se, a “contrariu sensu”, deles simplesmente decorre.

Na medida em que as decisões pretorianas passam a ser objeto de interesse popular e de projeção midiática, não mais se restringindo às partes envolvidas e aos círculos acadêmicos, o debate merece ser estendido

---

<sup>62</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale de Diritto Processuale Civile**, 3ª ed. Milano: Giuffrè, 1973.

à viabilidade de elas se sobreporem ao comando da lei e das restrições que dela emanam.

Em face de uma sintomática e polêmica tendência ao protagonismo dos magistrados, parece razoável que se adotem parâmetros ao trabalho jurisdicional, de sorte que, a título de darem efetividade a direitos fundamentais, as decisões se estabeleçam como um ponto de equilíbrio entre o *juridicamente possível* e os *limites constitucionais da jurisdição*, de modo que o Estado Constitucional de Direito reste intocado em suas bases e proposições.

O presente artigo, a partir das conceituações doutrinárias clássicas voltadas ao exercício do direito de ação, em confronto com as propostas de aperfeiçoamento do positivismo e até de seu abandono, pretende enfrentar, ainda que de forma primária e superficial, a problemática das decisões que podem se configurar contra o sistema, à guisa de um acentuado posicionamento em favor da tutela de direitos individuais.

A temática a ser desenvolvida, portanto, a partir da concepção da garantia de acesso como direito fundamental, busca, em um primeiro momento, investigar a possibilidade de sua delimitação por regras que dele emerjam, bem como a forma de diálogo e coexistência com outros princípios constitucionais. Em um segundo aspecto, a abordagem passa a compreender o conteúdo da decisão judicial e a respectiva relação por ela mantida com a pretensão posta para análise, no tocante à resposta que se espera obter do Estado-Juiz na aplicação do direito cabível. Por fim, tem-se como objetivo traçar a convergência entre a amplitude do acesso à jurisdição e os contornos em que ela pode atuar, partindo-se do pressuposto de que as garantias processuais resguardam o jurisdicionado dos abusos estatais.

## **1- A INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL**

O conceito de jurisdição firma-se, concomitantemente, em manifestações de poder, função e atividade. Na primeira hipótese, tem-se a expressão da soberania nacional, exercida por órgãos estatais conforme a competência que lhes é

constitucionalmente atribuída<sup>63</sup>. No segundo caso, reflete o encargo que têm os órgãos estatais de promover a realização do direito, através do processo. E como atividade, ela é a movimentação do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete<sup>64</sup>.

Assim, enquanto Poder da União, goza de independência e equilíbrio em relação aos demais Poderes, conforme estatuído no artigo 2.º da Constituição da República, do mesmo modo que, na qualidade de função e atividade, informa-se no princípio da *inércia*, de natureza eminentemente processual, mas cuja essência está na garantia de preservação de outro direito de ordem constitucional, que é o chamado “devido processo legal”.

Na entrega da prestação jurisdicional, através do *due processo of law*, o Estado-Juiz verga-se a preceitos de ordem constitucional como o direito ao contraditório e à ampla defesa, à consagração da licitude das provas, à garantia do juiz natural, à publicidade dos atos e à obrigatoriedade de fundamentação das decisões, ao lado de outros princípios introduzidos pelo artigo 8º do CPC de 2015, como a observância da dignidade humana, da razoabilidade, da legalidade e da eficiência.

Além desse aspecto instrumental, alguns autores visualizam no artigo 5.º, LIV, da CF uma segunda ordem de direito, de aspecto substancial, qual seja, “o controle, pelo juiz, da razoabilidade da norma que vai aplicar”, declarando, em caráter incidental, a sua inconstitucionalidade<sup>65</sup>.

Tutela jurisdicional, segundo Dinamarco,<sup>66</sup> é “o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num processo”. Explicita, a partir daí, que a tutela, sendo ajuda e proteção, é jurisdicional porque outorgada pelo exercício da jurisdição, “para que o sujeito beneficiado por ela obtenha, na realidade da vida e das relações com as coisas e com outras pessoas, uma situação mais favorável do que aquela em que antes se encontrava”.

Sublinha o doutrinador, em seguida, que a tutela é às pessoas, não aos direitos, posto que, em sentido amplo, “é a proteção que o Estado confere ao homem para a

---

<sup>63</sup> DINAMARCO, Cândido. **Instrumentalidade do processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pp. 159=160 e. 447.

<sup>64</sup> CINTRA, Antonio Carlos Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 4.ed. São Paulo :Revista dos Tribunais, 1984, p. 83.

<sup>65</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**.2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 119.

<sup>66</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel **Fundamentos do processo civil moderno**, São Paulo: Malheiros, 2001. Volume II, pp. 807 e 808.

consecução de situações consideradas eticamente desejáveis segundo os valores vigentes na sociedade, seja em relação aos bens, seja em relação a outros membros do convívio”<sup>67</sup>.

Tutela e Jurisdição dispõem-se, daí, como conceitos indissociáveis, na medida que o Estado, tomando para si a atividade de declarar e conferir o direito a quem puder reclamá-lo e demonstrá-lo, revestiu-se do papel de verdadeiro *tutor constitucional* dos direitos e garantias individuais.

A atividade jurisdicional, portanto, sendo exclusiva do Estado e a ele inerente, compromete-se a tutelar direitos em carácter substitutivo à vontade das partes, a partir do momento em que o interessado na solução do litígio lhe confere tal incumbência, sujeitando-se e promovendo a sujeição ao juízo que vier a ser proferido, e, por conseguinte, à eficácia que esse ato de império irá provocar

Em se tratando de uma das formas de expressão do poder, o acesso a ela deve ser irrestrito, ao mesmo tempo em que o seu exercício deve ser balizado pelas garantias constitucionais que protegem o cidadão em face das possíveis transgressões estatais em face dos direitos fundamentais<sup>68</sup>.

Conquanto não seja o objetivo deste trabalho investir em relação a um insistente debate sobre a diferença entre princípio e regras, quer parecer que a inafastabilidade da jurisdição advém do desdobramento dos princípios fundamentais que “veiculam a forma, o regime e o sistema de governo, bem como a forma do Estado”<sup>69</sup>, na medida em que o Poder Judiciário é abrangido pela sua estrutura essencial e pelo princípio da separação de poderes, do artigo 2º.

Nessa ordem, ao estabelecer o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, dentre os direitos fundamentais, que “a lei não poderá excluir de apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, há

---

<sup>67</sup> Obra citada, p. 809.

<sup>68</sup> Canotilho escreve, com base em Cristina Queiroz (Os actos políticos no Estado de Direito. O problema do controlo jurídico do poder. Coimbra, 1990), que “os actos de jurisdição, ou não se consideram actos do poder público “strictu sensu”, ou então diz-se que a protecção jurídica é protecção através do juiz mas não contra o juiz; a garantia da protecção jurídica impõe o contrário: a protecção é também contra o juiz e actos do poder judicial, sendo absurdo que os juizes detentores de poderes públicos e vinculados aos direitos fundamentais, pudessem ficar impunes “ad infinitum” no caso de violação de direitos fundamentais (ex: em processo penal).. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Da Constituição**. Coimbra: Almedina, 13ª. Ed., p. 275/276).

<sup>69</sup> BARROSO. Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista EMERJ** 6-23, 2003, p. 329.

que se considerar que desse princípio emana, em primeiro lugar, o direito a uma prestação negativa, no sentido de que ao Estado compete proteger o indivíduo de qualquer obstáculo legislativo ao acesso jurisdicional<sup>70</sup>. Isso não exclui, entretanto, também o direito a uma ação positiva, de modo sejam assegurados meios que propiciem a efetiva prestação jurisdicional a todos quanto dela necessitem.

A propósito, Canotilho<sup>71</sup> registra que a abertura constitucional da via judiciária “visa garantir uma melhor definição jurídico-material das relações entre Estado-cidadão e particulares-particulares, e, ao mesmo tempo, assegurar uma defesa dos direitos “segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado”. Por isso, complementa que “a abertura da via judiciária é uma imposição diretamente dirigida ao legislador no sentido de dar operatividade prática à defesa de direitos”. Considera, igualmente, a relevância do reforço que lhe empresta o princípio da efetividade dos direitos fundamentais, proibindo a sua inexecutabilidade ou eficácia por falta de meios judiciais.

Em tais circunstâncias, na medida em que se tem uma norma que preserva e identifica um fim a ser alcançado, resultante da própria existência de um Estado politicamente organizado, a ser aplicada na maior extensão possível, não haveria a necessidade de maiores digressões sobre a sua natureza de princípio de” aplicabilidade imediata”<sup>72</sup> e de “plena eficácia”, até porque tem como destinatário o legislador, a quem comete o dever de não restringi-lo em nenhuma hipótese, quando em outras circunstâncias se espera dele que regule os princípios na maior extensão possível.

## 1.2 POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Firmando o artigo 5.º da Constituição da República a proteção aos direitos fundamentais, mediante garantias como o acesso ao devido

---

<sup>70</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 456.

<sup>71</sup> **Direito Constitucional e Teoria Da Constituição**, p.277

<sup>72</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 280.

processo legal, permeado pelo contraditório e a ampla defesa, sob a égide da licitude das provas e do juiz natural, há que se ter a tutela composta por elementos muito bem definidos por Teori Albino Zavascki<sup>73</sup>, como a “assistência, amparo, defesa, vigilância”.

Os ingredientes apontados pressupõem, acima de tudo, que também sejam legítimos e eficientes os meios empregados para a obtenção da tutela, já que ela se dissolve em vários momentos da prestação jurisdicional, e, em sentido amplo, até mesmo antes dela.

Aponta-se, nessa perspectiva, um “direito de acesso à ordem jurídica justa”, permitindo que sejam implementados o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o consequente direito de ação, enquanto garantias de ordem constitucional<sup>74</sup>.

A ordem jurídica justa, compreenderia, assim, segundo o Professor Kazuo Watanabe, “desde o direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por Juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de sua realização, como, também, o direito à preordenação de instrumentos processuais adequados e capazes de promover a efetiva tutela de direitos<sup>75</sup>, até o direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça, com tais características”<sup>76</sup>.

Daí o entendimento bastante razoável de que a tutela não se exaure na sentença que põe fim ao processo, ou nos efeitos que decorrem da coisa julgada. Em verdade, o próprio postulado constitucional faz presumir a necessidade de proteção em todas as fases da atividade jurisdicional, seja para remover os obstáculos que se antepõem a ela, seja pelo dever do Estado de adequar-se instrumentalmente, assegurando a pronta e eficaz atuação do direito.

Bem por isso, há que se precaver o legislador, destinatário direto do comando contido no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição e também o intérprete nas demandas interindividuais, de proposições que limitem o acesso à jurisdição e às prestações positivas envolvendo direitos fundamentais.

---

<sup>73</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 5.

<sup>74</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade Moderna. **Participação e processo**. In GRINOVER. Ada Pellegrini (Coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128.

<sup>75</sup> Alexy escreve que “Direitos a procedimentos judiciais e administrativos são direitos essenciais a uma “proteção jurídica efetiva”. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 488.

<sup>76</sup> Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, p. 135.

Tais perspectivas não são novas, devendo ser ressaltado que já no regime constitucional anterior, Moniz de Aragão<sup>77</sup> alertava, em vista das limitações ao exercício de direitos impostas pelo regime ditatorial:

Em Estado de Direito é inaceitável qualquer restrição de natureza meramente política ao exercício do direito de ação, cuja possibilidade jurídica não fique á mercê de normas como a do artigo 319, ao Código de Processo Civil de 1939, ou como as que, presentemente, subtraem à apreciação do Poder Judiciário a lesão de direitos individuais, desde que praticadas à sombra dos chamados “atos institucionais.

Há que se estabelecer, entretanto, que se o direito de acesso ao Judiciário, enquanto garantia constitucional, é irrestrito, isso não se confunde com a viabilidade de obtenção de um provimento satisfativo, pois o poder de movimentar a máquina jurisdicional não implica, necessariamente, a existência de lesão afeta ao demandante ou que exija essa mesma intervenção em caráter intransponível para remoção do ilícito.

O direito de ação, portanto, por ser fundamental e constitucionalmente irrestrito, não dependeria do preenchimento de condições para o seu exercício, até porque a existência de lesão ou a mera ameaça a que se refere o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, seriam questões fáticas a serem dirimidas em sentença, não constituindo pressuposto para o seu exercício .

Nada obstante os posicionamentos doutrinários divergentes em relação ao tema, é fato que as condições da ação ainda se postam como causas impeditivas do julgamento do mérito, na lei processual em vigor, devendo ser registrado que não mais se refere à possibilidade jurídica em todo o seu texto, conforme se extrai dos artigos 17 e 485, VI.

Observa-se, de qualquer forma, uma certa dificuldade da doutrina na conceituação do instituto, seja porque impossibilidade jurídica não pode ser impossibilidade legal, seja porque a omissão legislativa não o traduziria suficientemente, já que o juiz não pode deixar de despachar alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento, e não mais da lei, como ocorria no regime anterior (artigo 140), como também não se pode entendê-la como decorrente de um erro nitidamente procedimental do demandante.

A questão, entretanto, não reside simplesmente em conceituar a possibilidade jurídica do pedido ou mesmo tentar concluir se ela pode ser considerada condição da

---

<sup>77</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Estado de Direito e o Direito de Ação. In **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, n. 16, pp.69-92, 1978.

ação ou mero integrante do interesse de agir. Importa saber, em maior extensão, se existe, ainda, pedido que possa ser considerado *juridicamente impossível*, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, tido como irrestrito e de natureza política

Nessas circunstâncias, há que se atender à indagação que inevitavelmente irá surgir, ou seja, se o juridicamente possível deixou de ser o que não é vedado no ordenamento, para se tornar o que pode ser obtido pela conjugação das normas, compreendendo a harmonia dos princípios e a possibilidade de coexistência das regras pertinentes à pretensão posta para análise, visando a viabilidade, em tese, do seu acolhimento.

A resposta a essa indagação implica investigar se a possibilidade jurídica é irrestrita porque irrestrito o direito de acesso ao Judiciário, o que implicaria que o particular não poderia se ver sem resposta estatal adequada à lesão que pede seja reparada, ou se a adequação da resposta seria obtida por elementos balizadores da atividade jurisdicional e que lhe serviriam de delimitação.

A decisão judicial, portanto, somente atenderia a tais pressupostos se integrada pela vinculação ao ordenamento jurídico, mesmo que passível de mais de uma interpretação, e às limitações impostas à sua condição de atividade estatal. Além disso, a sua produção deveria vir legitimada, como já apontado, por critérios de participação efetiva das partes, em grau de igualdade.

### **1.3-AS POSSIBILIDADES JURÍDICAS**

Em contraposição a um enfoque meramente processual da possibilidade jurídica, que a envolve com o direito de ação e o exercício da jurisdição, subsistem as possibilidades jurídicas sob um outro método de abordagem, que se ajusta à compreensão do Direito sob o ponto de vista constitucional.

A compreensão do significado das *possibilidades jurídicas* sob esse outro prisma, pressupõe que se tomem em conta as transformações que sofreu a atividade jurisdicional, por conta justamente da relevância política que a ela passou a ser emprestada e a necessidade consequente de se dar vazão a demandas que exigem atividade valorativa do juiz, em padrões que abrangem conceitos não apenas jurídicos, mas também sociais e econômicos.

A partir do esgotamento do Direito Natural, bem traduzido por Hugo Grócio em um contexto histórico que predominou com vigor até o século XVIII e que defendia

a tese da existência de uma ordem de valores conhecíveis através da razão e que, portanto, “lex injusta non est lex”, vem o positivismo, concebendo o Estado como resultado da vontade dos homens (Rosseau; Locke), estando o poder vinculado à norma que o outorgou.

Aperfeiçoado pelas contribuições de Kelsen, com sua Teoria Pura do Direito e por Hart, o positivismo tem como principal proposta o de apartar a moral do direito e de “identificar um poder soberano com capacidade de exercer a coação vinculada à norma, sob o ponto de vista de sua validade”<sup>78</sup>.

Desenha-se, entretanto, a partir da segunda metade do século XX, o que se identificou como sendo resultado da inclusão aos textos constitucionais de valores morais, dando margem a uma *constitucionalização do direito*, não mais no sentido de se dar *forma* ao Estado, mas de propiciar *conteúdo programático* às suas ações.

Vem então o *pós-positivismo* ou *constitucionalismo*, que passa a entender que o direito não pode se resumir a uma realidade já final, enquanto simplesmente produto de uma autoridade regularmente investida, mas também como uma prática social que incorpora uma pretensão de correção e justificação, em que elementos valorativos se sobrepõem ao autoritarismo, com base em princípios constitucionais<sup>79</sup>.

Essa pretensão de “correção e justificação” parte do pressuposto de que a inclusão de argumentos morais no direito e, portanto, valorativos, é uma prática necessária e não meramente contingencial, nos casos que exigem decisão com base na estrutura aberta do direito positivo. Assim, conjugam-se elementos que abrangem conveniência, costume e moral, onde prepondera a correta distribuição e compensação, no sentido de dar a cada um o que é seu, distribuindo bens, estabelecendo relações entre objetos ou coisas (pena e culpa, dano e restituição, prestação e contraprestação).

---

<sup>78</sup>. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2014, pp; 47-50.

<sup>79</sup> ATIENZA escreve, sobre essa concepção do direito: “*El Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica un cierto objetivismo valorativo; por ejemplo, asumir que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal y crítica, racionalmente fundamentada)*”. ATIENZA, Manuel Rodrigues. 1ª ed.. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2013, p. 29.

Nessa linha, a pretensão de correção, ao propor uma correta distribuição e compensação, abarca conceitos de *justiça*, o que demanda uma “conexão metodológica ou teórico-argumentativa necessária entre direito e moral”<sup>80</sup>.

Dentro dessa fórmula constitucionalista que se propõe a preencher os espaços vazios do direito positivo, as *possibilidades jurídicas* são concebidas a partir da proposta de se distinguir princípios de regras e de se encontrar uma forma de convivência entre elas, dentro do campo normativo.

Para Alexy<sup>81</sup>, “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau- Toda norma é ou uma regra ou um princípio.”

Prossegue o professor de Kiel alinhando que, em um conflito de regras, uma delas terá que ser declarada inválida, a menos que tenha uma cláusula de exceção que elimine o conflito<sup>82</sup>, ao passo que a colidência de princípios, como na hipótese de um autorizar outro vedar uma prática, implicará que um deles deverá ceder, o que não significa seja considerado inválido, uma vez que um terá precedência sobre o outro em função do caso concreto<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. 2ª ed, ampliada. Granada: Editorial Comares, 2010, pp. 40-41

<sup>81</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, pp. 90-91.

<sup>82</sup> O Código Civil exterioriza essa cláusula de exceção, por exemplo, em seu artigo 13, quando estabelece, dentre os direitos da personalidade: . Na mesma linha, o artigo 94, quanto aos negócios jurídicos.

<sup>83</sup> **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 90.

Em sua concepção, portanto, esse choque faria com que um princípio restringisse as *possibilidades jurídicas* de realização do outro, mediante o que denominou de *sopesamento*, o que se efetiva através de um critério de *proporcionalidade*<sup>84</sup>, ou seja, “a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Na própria definição do conceito de princípio, foi inserida a cláusula “*dentro das possibilidades jurídicas*”, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente”<sup>85</sup>.

A teoria desenvolvida por Alexy deve ser creditada, em sua concepção, a Ronald Dworkin, que todavia denominou de princípios “um conjunto de padrões que não são regras”, mas que constituem “um padrão a ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou de equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade”<sup>86</sup>.

Jurista inserido em uma realidade social e jurídica adstrita ao sistema da *common-law*, Dworkin concebeu o direito como algo em constante recriação (*working in progress*) “axiológico-normativa do direito”, como critério determinante da interpretação jurídica e o propósito da moralidade política que deve orientar a prática interpretativa.

A sua proposta de *integridade*, em que o conteúdo do direito depende de interpretações cada vez mais refinadas de uma mesma prática jurídica, em coerência com a história legal e o sistema de princípios ético-políticos, busca evitar a discricionariedade judicial através do que denominou de “resposta certa” (*one right answer*)<sup>87</sup>. Assim, “conferindo legalidade a uma disposição legal e permitindo o acesso ao direito, a coerência é a chave para a “resposta certa”, funcionando como um argumento a favor da plausibilidade de certas soluções interpretativas. Para que uma resposta seja a correta, deve ser determinada de maneira

---

<sup>84</sup> **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 117-118

<sup>85</sup> **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 167-168.

<sup>86</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36

<sup>87</sup> OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009.

inequívoca pela coerência que a irá ligar ao sistema legal: uma decisão judicial será válida se se integrar na coerência da prática judicial considerada como um todo”<sup>88</sup>

Nada obstante as contribuições de Dworkin advenham de um sistema sem correspondência no sistema brasileiro, parece ter influenciado decisivamente o novo Código de Processo Civil, que propõe, em seu artigo 926, uma jurisprudência “íntegra, estável e coerente”.

Da mesma forma é apontado como inspirador da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário 597.285, que julgou constitucional o sistema de cotas no acesso ao ensino, com base em seus argumentos sobre o caso Sweatt, em que a Universidade do Texas negava sua admissão, sob o argumento de que o seu regimento só previa o ingresso de alunos brancos.

Também teria servido como precedente àquela decisão, o julgado do caso *Plessy v. Ferguson*, que enfrentou a doutrina dos “separados mas iguais”, que tinha a segregação entre negros e brancos constitucionalmente admissível, desde que se ofertem aos negros instalações “separadas, mas iguais”, isto é, com o mesmo padrão de qualidade<sup>89</sup>.

Uma outra via às possibilidades jurídicas desenvolvidas por Dworkin e Alexy surge das análises feitas por Ferrajoli em relação a essa polarização entre princípios e regras, uma vez que entende incertas e heterogêneas tanto a noção de *princípio* quanto o significado e consistência conceitual da própria distinção, até porque sugere que as características da indeterminação, da generalidade e até mesmo da ponderabilidade “às vezes se apresentam nas regras em algumas ocasiões ainda mais do que nos princípios”<sup>90</sup>.

Com base em tais constatações busca demonstrar que os exemplos de Dworkin seriam resolvidos sem qualquer problema na *civil law*, com base em regras absolutamente inequívocas, na medida em que a abordagem

---

<sup>88</sup> RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin**- Uma abordagem. Coimbra: Almedina, 2005, p. 156.

<sup>89</sup> DWORKIN, Ronald, **Levando os direitos a sério**, p. 369

<sup>90</sup> FERRAJOLI, Luigi/ROSA, Alexandre (organizadores) et al. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In **Garantismo, Hermenêutica e (Neo) Constitucionalismo**. Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 34:36.

antipositivista e principialista é mais justificada na *common law*<sup>91</sup>, o que não excluiria a possibilidade dos juízes americanos terem solucionado aqueles casos não com base em princípios, mas também em regras. Por isso mesmo, afirma que “não existe uma real diferença de estatuto entre a maior parte dos princípios e as regras: a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes”.

Em consequência, admite que “não existe uma diferença real de estatuto entre a maior parte dos princípios e das regras: a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes. Por isto, a Constituição é definida, na sua parte substancial, não só como um conjunto de direitos fundamentais das pessoas, isto é, de princípios, mas também como um sistema de limites e vínculos, isto é, regras, destinadas aos titulares dos poderes”<sup>92</sup>.

Tece, a partir daí, a sua crítica ao que chama de “excessiva dimensão empírica associada à noção de ponderação”, que afirma “tão dilatada que chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais, tanto no nível legislativo como no nível constitucional”<sup>93</sup>. Para o jurista italiano, o caminho estaria na adoção da Constituição como paradigma, subordinando os juízes e o legislador aos princípios nela inseridos. Assim, afastando-se as lacunas e os consequentes espaços para a discricionariedade, técnicas normativas e garantias constitucionais limitariam o arbítrio e impediriam que os juízes criassem direito.

Ferrajoli guia-se, como proposta, pela necessidade de ser elaborada uma teoria da argumentação, em que o raciocínio jurídico teria capacidade suficiente para reduzir o arbítrio e reforçar a racionalidade das decisões.

As possibilidades jurídicas no âmbito argumentativo, portanto, seriam aferidas a partir da margem de discricionariedade ou de arbítrio de que se serviria o juiz no instante em que decide preenchendo lacunas ou

---

<sup>91</sup> **Constitucionalismo garantista**, p. 37.

<sup>92</sup> **Constitucionalismo garantista**, p. 41.

<sup>93</sup> **Constitucionalismo garantista**, p. 47.

interagindo com os princípios e as regras, independentemente de qualquer uma das linhas teóricas por aqui resumidamente enfrentadas.

A partir dessa discricionariedade, a possibilidade jurídica do pedido enfrentaria limitações em maior ou menor grau, desde o mínimo até o absoluto, justamente em função do nível de controle imposto pelo sistema, para assegurar-se do próprio equilíbrio e existência.

Se o direito de acesso ao Judiciário é desprovido de reserva, o que se extrai de seu próprio texto que proíbe o legislador de restringi-lo, surge o dilema de adequá-lo em face de outros princípios de igual grandeza, de modo que o atendimento às demandas de natureza interindividuais não desvale, por essa própria ausência de restrição, ao atendimento indiscriminado de pretensões iníquas, teratológicas e sobretudo ilegais.

Causa razoável inquietude que, à guisa de se atender princípios como os da igualdade, da inafastabilidade da jurisdição, da liberdade e, mais do que todos, da dignidade humana, restem sem sentido os princípios da legalidade e da reserva legal, e mesmo de regras constitucionais devidamente alocadas no contexto do sistema.

Daí a importância da fundamentação, que também se apresenta como regra constitucional explícita (artigo 93, IX), a ser traçada na esteira de um raciocínio que transcenda *standards* pessoais e setoriais, traduzindo segurança e sintonia com a ordem jurídica, enquanto critérios ordinariamente esperados das decisões judiciais, sem embargo de uma interpretação adequada à *função social da lei*, porque essa é exigência dela mesma.

Para que se possa desenhar o necessário paralelo ou mesmo os pontos de convergência entre a *possibilidade jurídica da pretensão* e as *possibilidades jurídicas* a serem enfrentadas pelo intérprete, há que se lançar mão das *possibilidades argumentativas* colocadas pelo legislador, porque daí se pode alavancar o debate em face dos meios de controle existentes e os que se apresentarem idealmente *possíveis*.

## 2- AS POSSIBILIDADES LEGAIS ARGUMENTATIVAS:

À primeira vista, a lei processual forneceria todas as chaves para a fórmula a ser utilizada na aplicação do Direito: ou existem regras explícitas para o caso concreto, ou as lacunas e obscuridades devem ser preenchidas com base nas outras fontes do ordenamento. Essa previsão clara do artigo 140, ao lado da proibição do julgamento por equidade fora dos casos legais (artigo 140, parágrafo único) e do conhecimento de questões não suscitadas pelas partes, e de decisões-surpresa (artigo 10), não exigiriam a redação de uma única linha para explicar o método de julgamento dos chamados “casos simples”, até mesmo para quem se proponha a defender não existirem casos fáceis ou difíceis.

Entretanto, em se tratando dos *hard cases*, expressão mais apropriada ao sistema do *common law*, a criatividade jurisdicional tem suas margens definidas pela mesma regra, condicionando a decisão aos chamados *contornos do sistema*<sup>94</sup>.

Haja vista que o artigo 8º do CPC remete a *princípios*, do mesmo modo que o artigo 1º exige a aplicação da lei processual em nítida sintonia com o modelo constitucional, sugerindo a possibilidade de decisões principiológicas. .

Aliás, nos termos da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, o artigo 4º., com sua redação original de 1941, pouco prestigiou os princípios gerais, deslocando-os como última opção do intérprete, embora discipline, no artigo segundo e seus parágrafos, a possibilidade de coexistência ou não das regras, na base do “tudo ou nada” a que referem Dworkin e Alexy.

Tais dispositivos, entretanto, embora decorrentes de tempos de constitucionalismo embrionário, não excluem, como não poderiam excluir, a utilização das normas constitucionais nos atos decisórios, posto não ser *juridicamente possível* a aplicação de regra deslocada do ordenamento, até porque, concorda-se, que “direitos e deveres, expectativas e garantias, princípios em matéria de direitos e regras em matéria de deveres são, em suma, uns a face dos outros, equivalendo a violação dos primeiros, seja ela por comissão ou omissão, à violação das segundas”<sup>95</sup>.

O princípio da persuasão racional, por seu turno, embora pudesse ser questionado quanto ao seu escopo ao tempo em que inserido na Código Buzaid, dado o contexto político e histórico nitidamente ditatorial então vigente e o constante do

---

<sup>94</sup> ALVIM, . Teresa Arruda. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 101

<sup>95</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In **Garantismo**, p. 41

novo CPC<sup>96</sup> (artigo 371), não pareceu conferir grandes possibilidades discricionárias ao juiz, ao menos em face do que vem prescrito em seu texto. Restringiu-se, no novo texto, a *liberdade na apreciação da prova*, para que não se confunda com a *liberdade de afrontar o sistema*, até porque o próprio dispositivo exige a utilização de critérios lógicos nesse enfrentamento, o que inclui a motivação enquanto regra constitucional (artigo 93, IX CF)<sup>97</sup>.

Ao ter que fundamentar as razões pelas quais se apegou àquela prova ou a esta tese, cumprirá o juiz o seu dever de dar uma resposta adequada às posições exercidas pelas partes no processo, na medida em que são os principais protagonistas do contraditório e que assim legitimam a decisão a ser proferida<sup>98</sup>.

Se, eventualmente, o juiz se afastar dessa imposição da regra, por entendê-la como porta à discricionariedade, a hipótese será então de controle da decisão pela via recursal, não se podendo impor à regra um vício que ela mesma não possui e nem pode possuir e que deve ser creditado, caso exista, à sua transgressão, nunca ao seu conteúdo<sup>99</sup>.

Vem agora o novo Código de Processo Civil conferir um perfil inovador à motivação judicial, ao definir, logo em seu artigo 1º, que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os *valores* e os *princípios fundamentais* estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Ao que parece, o texto procurou emprestar coerência à argumentação judicial, o que se depreende dos propósitos da Comissão liderada pela Professora Teresa Arruda

---

<sup>96</sup> Artigo 371 O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

<sup>97</sup> STRECK, Lenio Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In **Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo**. Um debate com Luigi Ferrajoli .Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012., , p. 41.

<sup>98</sup> DINAMARCO enxerga essa exigência de participação por entender que “o processo é a miniatura do Estado democrático( ou “microcosmo do Estado-de-direito”), por ser construído em clima de liberdade, coma abertura para a participação efetiva dos seus sujeitos, os quais são tratados segundo as regras da isonomia”. **Instrumentalidade**, p. 440),

<sup>99</sup> Teresa Arruda Alvim escreve que “as garantias de que as decisões judiciais sejam fundamentadas e de que o juiz deve fundamentá-las na lei significa uma garantia contra o arbítrio, sendo um pressuposto para a possibilidade de controle das partes e viabilizando, tecnicamente, a impugnabilidade de seus atos”. Bem por isso, acentua que “apesar da flexibilização dos padrões que determinam o conteúdo das decisões há, por trás do sistema jurídico, expressiva preocupação com os valores *previsibilidade* e *segurança*. **ALVIM. Controle das decisões judiciais**, p. 389.

Alvim, conferindo-lhe *sintonia fina* com a Constituição, para buscar concretizar os ideais de segurança e de participação e prevenir a arbitrariedade das decisões<sup>100</sup>.

Percebe-se, entretanto, que a inovação legislativa, longe de vincular o magistrado ao texto constitucional, poderá ser assimilada como a abertura da via ao sistema aberto, já que, ao impor ao juiz referência direta aos princípios em todas as suas decisões, poderá dar a entender que a ponderação é exigência legal e que deverá utilizá-la inclusive no sopesamento entre regras e princípios.

Embora não comporte este trabalho um apanhado sequer sucinto sobre os novos dispositivos processuais, causa certa preocupação o que poderá vir a ser considerado *juridicamente possível*. Em se tratando de um código processual, se afiguraria mais compatível com a *sintonia fina*, a determinação ao juiz para que observasse os princípios da igualdade, do contraditório, do devido processo legal e da licitude das provas, porque esses os efetivos mecanismos de proteção em face da atividade jurisdicional. Ao exigir o apego à legalidade *na aplicação da lei*, talvez esteja a própria lei advertindo o seu destinatário contra a tentação de aplica-la segundo critérios próprios de Justiça, mas em conformidade

As possibilidades legais do discurso judicial, portanto, migram do tradicional enfrentamento de regras para a promessa de constitucionalização dos fundamentos do *decisum*, sem que reste claro, ainda, quais os reais mecanismos de controle que se pretende impor e em que medida a resposta a anseios generalizados e difusos de *Justiça* encontrarão critérios e barreiras adequados ao que seja *juridicamente possível*.

### 3.A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O JURIDICAMENTE POSSÍVEL

Partindo-se da premissa de que *juridicamente possível* não é uma característica autônoma da pretensão, condicionando o exercício do direito de ação, mas componente do interesse de agir ou mesmo questão de mérito que irá implicar a procedência ou não da demanda, como está na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, resta agora verificar, diante das possibilidades legais de motivação, qual o tratamento

---

<sup>100</sup> Conforme a exposição de motivos, os objetivos são: “1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira *sintonia fina* com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas. Como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior defensivaaao grau de organicidade ao sistema, dando-lhe maior coesão”.

a ser dado aos pleitos sem previsão no ordenamento, mas que, de algum modo, possam nele esbarrar ou mesmo afrontá-lo.

Em um método consentâneo com a predominância de regras, a *possibilidade jurídica* do pedido não é capaz de causar grandes desconfortos ao doutrinador. Na medida do “tudo ou nada”, na lide civil a norma proibitiva não cede em favor de outra, em obediência ao próprio princípio da legalidade e, no âmbito penal, também em face da intransponibilidade do princípio da reserva legal.

Diante disso, a menos que ocorra a hipótese de controle difuso, em não havendo confronto ou proibição, o juiz irá adequar a pretensão ao sistema normativo, motivando essa adequação, pelo que não se entreveria, por aí, salvo singulares exceções, qualquer possibilidade de desvio arbitrário.

Ocorre que a possibilidade jurídica não será poupada se as exceções se impuserem às custas da chamada “pan-principiologia”<sup>101</sup>, em que, efetivamente, princípios e regras serão desnecessária, imprudente ou mesmo dolosamente entrecruzados, para que o sentimento pessoal de justiça faça ceder aquilo que efetivamente contém a regra.

Ao maior opositor da proporcionalidade, da ponderação, da teoria da argumentação, do garantismo, ou seja, qual for a corrente adotada, seria possível conceber que nenhuma dessas escolas foi compreendida pelos *intérpretes* que se propuseram a defender o Estado Democrático de Direito. Não há, em qualquer passagem da produção literária de Alexy, menção à possibilidade de desestruturação dos poderes estatais, em benefício da ponderação, tampouco aplicável em face de regra inferior proibitiva e em direta sintonia com direito fundamental protetivo da propriedade.

A hipótese não comporta discussão sobre a viabilidade de se restringir um direito individual, matéria por aqui já superada, até porque, nesse caso, o inciso LIV do artigo 5º CF permite a existência de restrições ao direito de propriedade<sup>102</sup>. Entretanto, uma vez em que não há restrição, mas confirmação de inviolabilidade do direito de propriedade, como outros princípios somente incidiriam se presente o que

---

<sup>101</sup> “na ausência de leis apropriadas (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial) o intérprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete poderá aplicá-lo”. STRECK, **Garantismo**, p. 67.

<sup>102</sup>CANOTILHO. **Direito Constitucional**, p. 450

Canotilho aponta como sendo o “princípio da proibição do excesso, que equipara ao princípio da proporcionalidade em sentido restrito”<sup>103</sup>.

A *ponderação* a que se refere Alexy, diz com choque de princípios, não entre estes e as regras. Dworkin, como também já foi conferido, não cogita de princípios onde existirem regras claras, da mesma forma, ao defender um parâmetro de integridade das decisões, não lograria justificar que uma proibição legal, que garante e não restringe um princípio, como o da propriedade e do devido processo legal, poderia ser ultrapassada por aplicação de outro princípio, de elevada abstração, que é o da dignidade humana.

No campo do garantismo, essa onda jurisprudencial *contra legem* teria menos chances de sucesso, na medida em que “esse *poder criativo dos juizes*, resultante da indeterminação semântica das normas e pela falta de garantias e que não pode ser reconduzido aos três poderes fisiológicos-de interpretação das leis, de valoração das provas e de conotação equitativa dos fatos-então ele se converte no “poder de disposição”, que é, todavia, um poder ilegítimo, independentemente do fato de as normas serem formuladas como princípio ou regras, uma vez que invade a competência política das funções de governo, não podendo, portanto, ser aceito sem que se negue a separação dos Poderes e a própria conservação do Estado de Direito.

Existe, na espécie, uma vedação legal e não uma indeterminação da norma, o que menos justifica a invasão de competência, não se podendo, sequer, cogitar de uma interpretação corretiva, onde a “razão da lei será contrária a interesses que se pretendem superiores, permitindo ao intérprete afastar a norma inadequada considerando que o legislador certamente a não teria querido se tivesse previsto o seu resultado” o que é inviável na ordem jurídica portuguesa e, como pois, brasileira, como anotou Ascensão<sup>104</sup>.

Seriam vários os exemplos nessa esteira, como a exclusão da regra constitucional da responsabilidade subjetiva do empregador em acidentes do trabalho (artigo 7º ,XXVIII), em favor de uma imprecisa norma referente a meio ambiente, incluída no artigo 225§3º, que se refere à responsabilização de infratores, conjugando esses dois dispositivos com regra posterior do Código Civil, que fala em

---

<sup>103</sup> CANOTILHO. *Direito Constitucional*, pp. 457/458

<sup>104</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito- Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira*, 4ªed. Lisboa: Editorial Verbo, 1987, p. 351

responsabilidade objetiva em atividades de risco”<sup>105</sup>. Também se poderia falar da sentença que afasta a prescrição bienal explicitamente aposta no artigo 7º, XXIX, em prol da prescrição decenal do Código Civil, ou mesmo a que a extirpa do ordenamento, em favor do Princípio da Dignidade Humana ou por não reconhecer-lhe eficácia plena, apesar de se tratar de matéria sumulada<sup>106</sup>.

Em todas essas mínimas hipóteses verificadas, mínimas, mas emblemáticas, não se enxerga, em nenhuma delas, a impropriedade do positivismo, da ponderação, do (neo)constitucionalismo ou de qualquer corrente filosófico-doutrinária-argumentativa a que o intérprete pudesse ter apegado. O que se tem, em verdade, é um visível equívoco na manipulação de regras e de princípios, ao que consta justamente por desconhecimento ou do que se trata ou de como se utiliza, ou seja, uma evidente imprudência ou dolo no conhecimento da ferramenta e do seu manuseio

Enquanto agente(s) do Estado, além do controle recursal que o processo constitucional permite, deveria(m) se submeter o(s) prolator(es) ao controle a que todo e qualquer agente estatal se submete, respondendo civilmente e por ato de improbidade, quando se propõe(m) a legislar e a afrontar o ordenamento.

Tornar possível um pedido juridicamente possível, pelo manejo irresponsável da ponderação, implica muito mais que uma divergência puramente acadêmica, pois não será a argumentação que irá legitimar a afronta ao ordenamento, já que ela própria terá que ser com ele compatível.

Há que se atentar, portanto, que controle não se aparta de responsabilidade pessoal, o que parece justificar, a esta altura, o texto do artigo 8º do novo CPC, quando impõe ao destinatário deveres inerentes ao titular de cargo público, conforme princípios constitucionais aplicáveis à Administração.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A constitucionalização do processo e o acesso à jurisdição como direito cívico tornam concreta a necessidade de concepção de uma técnica judicial que preserve o Estado Constitucional de Direito e previna a arbitrariedade. Não nos parece adequado avançar sobre justificativas que busquem legitimar a ponderação, a integridade ou o

---

<sup>105</sup> TST nos Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-367600-35.2006.5.12.005, interpostos a partir de uma decisão proferida pela Vara do Trabalho de Criciúma,

<sup>106</sup> TRT 15, RO 206-2007-096-15-00-6.

garantismo, ao menos diante da superfície rasa deste trabalho, até porque o diagnóstico aqui empreendido dá conta de equívocos manifestos do usuário e não da ferramenta.

Em verdade, diante dessa legislação que parece impor os princípios constitucionais como motivação do “decisum”, sob pena de nulidade absoluta, aos juízes competirá, em primeiro lugar, entender a estrutura principiológica como premissa habilitante ao trabalho que passarão a desenvolver.

Por outro lado, a ponderação, goste-se ou não dela, está enfronhada no estilo de decidir do Supremo Tribunal Federal<sup>107</sup>, que parece ser tendência irreversível com a composição da Corte por juristas como Luis Roberto Barroso. Não vemos, por enquanto, como eliminar, ao menos em curto prazo, qualquer possibilidade de discricionariedade nos julgamentos, se essa for tida, efetivamente, como algo que os macule por completo ou se é característica inevitável do exercício da jurisdição.

O prognóstico, portanto, é que se sucedam ações sob os mais variados fundamentos constitucionais, como a igualdade e a dignidade humana, onde o juridicamente possível passe a não ter mais visíveis os seus contornos e a argumentação se mostre coerente com o sistema.

Certamente terá a Corte que enfrentar questões como o direito extensivo ao aborto às prisioneiras e às mulheres interrupção da gravidez do anencéfalo, o que exigiria o sopesamento entre os princípios da dignidade humana, da igualdade e da legalidade, ou, no mínimo, uma integridade com o precedente apontado.

Terá que ponderar, conferir integridade e ou alinhar ao sistema, o princípio da liberdade e o libertarismo que dele decorre, tal como visualizado por andeç<sup>108</sup>, proferindo a possibilidade jurídica da utilização da maconha ou de dispensa de utilização de capacete enquanto opções individuais do destinatário da norma, em detrimento da generalidade e da impessoalidade da lei.

A possibilidade jurídica, efetivamente, também estará delimitada pela garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais.

Na mesma proporção, o aplicador do Direito terá que dar-se conta da unidade da Constituição, sem abdicar da segurança e da certeza, o que, evidentemente, inclui

---

<sup>107</sup> Vide decisão proferida na ação em que declarada constitucional a união homoafetiva, a despeito do texto explícito do artigo 226 da CF, regra que cuida do casamento como união entre “homem e mulher”. **ADI 4.277 e da ADPF 132**, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de 5.5.11,

<sup>108</sup> SANDEL, Michael J. **Justice- What’s the right thing to do**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 60.

as regras restritivas de base as bases dogmáticas da decisão e as metas do sistema, que permitem o controle da *mens legis*.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES

ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. 2ª ed, ampliada. Granada: Editorial Comares, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Teresa Arruda. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Estado de Direito e o Direito de Ação. In **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, n. 16, 1978.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito- Introdução e Teoria Geral**. Uma perspectiva luso-brasileira, 4ªed. Lisboa: Editorial Verbo, 1987.

ATIENZA, Manuel Rodrigues. **Curso de Argumentación Jurídica**. 1ª edição. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2013.

BARROSO. Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Rio de Janeiro: **Revista da EMERJ** 6/23, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi/ROSA, Alexandre (organizadores) et al. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In **Garantismo, Hermenêutica e (Neo) Constitucionalismo**. Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manuale de Diritto Processuale Civile**, 3ª ed. Milano: Giuffré, 1973.

OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni de . Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, jan./jun. 2009.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin**- Uma abordagem. Coimbra: Almedina, 2005.

SANDEL, Michael J. **JUSTICE**- What's the right thing to do. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio, Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In **Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo**. Um debate com Luigi Ferrajoli .Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade Moderna.. **Participação e Processo**. In GRINOVER. Ada Pellegrini (Coord.) , São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.