

OS (DES)ACERTOS DO LEGISLADOR NA “POSITIVAÇÃO” DAS TEORIAS DE ROBERT ALEXY NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

RIGHT AND WRONG DECISIONS BY LEGISLATORS WHEN APPLYING THE
ROBERT ALEXY’S THEORIES IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL LAW

LOS (DES)ACIERTOS DEL LEGISLADOR EN LA “POSITIVACIÓN” DE LAS
TEORIAS DE ROBERT ALEXY EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO

ANDRÉ KARAM TRINDADE

Doutor em Teoria e Filosofia do Direito (ROMA TRE/ITÁLIA) e Mestre em Direito Público (UNISINOS). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Guanambi (FG/BA). Fundador e Presidente da Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL). Advogado. (Guanambi, Bahia, Brasil)
<http://lattes.cnpq.br/0020455190187187> / <http://orcid.org/0000-0002-1582-1237>
[/andre@streckadvogados.com.br](mailto:andre@streckadvogados.com.br)

JOÃO CARNEIRO DUARTE NETO

Mestrando em Direito na Faculdade Guanambi (FG/BA). Especialista em Direito Processual Civil (UNIDERP). Juiz de Direito (MG). (Guanambi, Bahia, Brasil)
<http://lattes.cnpq.br/9919730419188427> / <http://orcid.org/0000-0002-6988-6802> / joaocduarten@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo busca identificar a presença de elementos da teoria jurídica de Robert Alexy nos §§ 1º e 2º do artigo 489 do Código de Processo Civil. Para tanto, o estudo estrutura-se em duas partes. Na primeira, após introduzir a *teoria da argumentação jurídica*, analisa os dispositivos contidos no §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil à luz da referida teoria, observando-se a harmonia entre o texto legal e alguma das formulações doutrinárias de Alexy. Na segunda, apresenta a *teoria dos direitos fundamentais*, com ênfase na distinção entre regras e princípios, na máxima da proporcionalidade e na técnica da ponderação, e examina o §2º do artigo 489 do Código de Processo Civil, verificando a total dissonância entre o texto legal e as bases teóricas de Alexy. Na conclusão, ao final, indicam-se os (des)acertos do legislador, apontando suas consequências para o direito brasileiro.

Palavras-chave: Fundamentação; Novo Código de Processo Civil; Ponderação; Robert Alexy; Teoria da argumentação jurídica

ABSTRACT

This article deals with the application of Robert Alexy’s legal theories in Paragraphs 1 and 2 of article 489 of the Brazilian Civil Procedure Code. Therefore, the study is structured in two parts. In the first, it introduces the theory of juridical argumentation, briefly, and analyzes the provisions contained in Paragraph 1 of article 489 of the Civil Procedure Code based on the mentioned theory, observing the harmony between the legal text and Alexy’s doctrinal formulations. In the second part, the study presents his theory of fundamental rights, with emphasis on the distinction between rules and principles, maximum proportionality and deliberation technique, and examines Paragraph 2 of Article 489 of the Civil Procedure Code, verifying the total dissonance between the legal text and Alexy’s theoretical basis. In conclusion, at the end, the paper indicates the right and wrong decisions of the Brazilian legislators, pointing out their consequences for the Brazilian Law.

Keywords: Balancing of Rights; Deliberation; Legal Reasoning; Robert Alexy; New Brazilian Code of Civil Procedure.

RESUMEN

El presente artículo busca identificar la presencia de elementos de la teoría jurídica de Robert Alexy en los §§ 1 y 2 del artículo 489 del Código de Procedimiento Civil. Para ello, el estudio se estructura en dos partes. En la primera, después de introducir *la teoría de la argumentación jurídica*, analiza los dispositivos contenidos en el §1º del artículo 489 del Código de Procedimiento Civil a la luz de dicha teoría, observándose la armonía entre el texto legal y algunas de las formulaciones doctrinales de Alexy. En la segunda parte, presenta la teoría de los derechos fundamentales, con énfasis en la distinción entre reglas y principios, en la máxima proporcionalidad y en la técnica de la ponderación, y examina el §2º del artículo 489 del Código de Procedimiento Civil, verificando la total disonancia entre el texto y las bases teóricas de Alexy. En la conclusión, al final, se indican los (des)aciertos del legislador, apuntando sus consecuencias al derecho brasileño.

Palabras clave: Justificación; Nuevo Código de Procedimiento Civil; Ponderación; Robert Alexy; Teoría de la argumentación jurídica

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A *TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA*, DE ROBERT ALEXY, E O § 1º DO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL; 2 A *TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*, DE ROBERT ALEXY, E O §2º DO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil, promulgado em 2015, é o primeiro grande estatuto processual elaborado e aprovado, no Brasil, sob a égide de um regime democrático. Os anteriores, tanto os civis quanto os penais, resultaram do Império ou do Estado Novo ou da Ditadura Militar.

Entre suas inúmeras alterações e novidades, destacam-se a concepção dinâmica do contraditório e a proibição de decisão surpresa (art. 10); o critério cronológico para o julgamento dos processos (art. 12); a previsão de honorários sucumbenciais para advocacia pública (art. 85, §19); garantia da duração razoável do processo por meio de multa a incidentes manifestamente protelatórios (art. 80); a contagem dos prazos apenas nos dias úteis (art. 219); a institucionalização do recesso forense (art. 220); a obrigatoriedade das audiências de conciliação e de mediação (art. 334); a unificação das tutelas de urgência, abarcando as tutelas de natureza cautelares e antecipatórias (art. 300); a uniformização da jurisprudência por meio

de incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976); a extinção do agravo retido e restrição do uso agravo de instrumento através da imposição de hipóteses taxativas (art. 1.015)¹.

Todavia, é no campo da fundamentação das decisões judiciais, que se observa um dos maiores avanços. Isso porque, ao suprimir o livre convencimento, ao delimitar os elementos de uma fundamentação válida (art. 489, §1º) e, sobretudo, ao exigir que os tribunais mantenham a jurisprudência estável, coerente, íntegra (arts. 926 e 927), “o legislador promoveu uma revolução copernicana no modo de produção das decisões, institucionalizando parâmetros e critérios para o seu devido controle”².

E, aqui, precisamente, observa-se que a *teoria da argumentação jurídica*³ e a *teoria dos direitos fundamentais*⁴, ambas de Robert Alexy, parecem ter inspirado o legislador quando da elaboração dos §§ 1º e 2º do artigo 489 do Código de Processo Civil. Como se sabe, o pensamento jurídico de Alexy vem influenciando, de maneira decisiva, a teoria e a filosofia do direito, assim como o direito constitucional, em toda América Latina, sobretudo no Brasil, em face da importância e da singularidade que assumem suas formulações teóricas, especialmente na jurisprudência desses países

O presente artigo pretende abordar a “positivação” de elementos dessas importantes teorias jurídicas de Alexy nos §§ 1º e 2º do artigo 489 do Código de Processo Civil, que tratam da validade da fundamentação das decisões judiciais. Para tanto, o estudo estrutura-se em duas partes. Na primeira parte, introduz a *teoria da argumentação jurídica*, resumidamente, e analisa os dispositivos contidos no §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil à luz da referida teoria, observando-se a harmonia entre o texto legal e as formulações doutrinárias de Alexy. Na segunda parte, apresenta a *teoria dos direitos fundamentais*, com ênfase na distinção entre regras e princípios, na máxima da proporcionalidade e na técnica da ponderação, e examina o §2º do artigo 489 do Código de Processo Civil, verificando a total dissonância entre o texto legal e as bases teóricas de Alexy. Ao final, busca identificar os (des)acertos do legislador, apontando suas consequências para o direito brasileiro.

¹ Ver, por todos, THEODORO JR., Humberto; Nunes, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco; QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa. *Novo CPC Fundamentos e Sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

² TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD*, v. 7, n. 3, p. 243-252, 2015, p. 244.

³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

1 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, DE ROBERT ALEXY, E O § 1º DO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A teoria da argumentação jurídica, de Alexy, é uma teoria formalista, ou procedimentalista, que estabelece regras práticas de argumentação, mas também se preocupa com um aspecto material que diz respeito à correção do Direito, moralmente adequado e aceitável.

Com isso, Alexy não promete em sua teoria um único resultado certo e exato, mas sim um resultado discursivamente aceitável, dotado de correção, algo similar à moldura articulada por Kelsen quando enfrenta o problema da interpretação no oitavo capítulo da *Teoria pura do direito*⁵. E tal resultado - discursivamente aceitável - é obtido com a aplicação e respeito às regras de um debate dialógico por meio de argumentos práticos gerais e jurídicos. Assim, toda a procedimentalidade lógica do discurso de Alexy visa à obtenção de um resultado material com correção aos valores aceitáveis.

Na primeira parte de sua *teoria da argumentação jurídica*, Alexy aproveita-se de todo o arcabouço de conhecimentos e avanços já conquistados ao longo do século XX no campo da filosofia e da teoria do discurso⁶. A partir da análise individualizada de cada uma das correntes filosóficas, o renomado jurista alemão vai forjando as regras que comporão sua teoria do discurso prático racional geral. A teoria que mais foi aproveitada, segundo o próprio Alexy, foi a teoria consensual da verdade, de Jürgen Habermas⁷.

Assim, sempre ressaltando que o ser humano é por essência linguagem, Alexy estrutura as regras de fundamentação, de razão, de carga de argumentação e de transição. Nada escapa ao discurso, seja internamente (o conteúdo das próprias regras do discurso) ou externamente (a forma das regras do discurso). Por isso, a racionalidade e o processo de eliminação dos absurdos

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

⁶ Cf. ABOUD, Georges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; CARNIO, Henrique. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; e, também, KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 3 ed. Lisboa: Gulbenkian, 2015.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa I e II*. Madrid: Taurus, 2003; HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação. Ensaio filosófico*. São Paulo: Landy, 2004; HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.

inaceitáveis são realizados desde o primeiro argumento lançado, num contexto de argumento e contra-argumento.

As regras do discurso passam por fundamentações de ordem técnica (regras de meios para atingir fins); empírica (regras que regem de fato); definitiva (jogo de linguagem de fato ou hipotético) e pragmático-universal ou transcendental (a validade de algumas regras é condição de possibilidade da comunicação linguística).

Um discurso que se tenha desenvolvido segundo as regras elaboradas até agora, e nas formas anteriormente analisadas, não supõe uma garantia quanto à correção do resultado. Isso não é assim em relação a algumas normas discursivamente necessárias. A maioria das normas é apenas discursivamente possível [...] Não é um defeito de uma teoria do discurso que isso seja deixado ao encargo dos participantes no discurso, mas uma de suas vantagens decisivas⁸.

Fixados os alicerces de uma teoria do discurso prático racional geral, Alexy avança para o delineamento de uma teoria da argumentação jurídica, num processo de afinamento lógico e racional movido por argumentos sérios e concatenados. Com isso, relacionando os tipos de discurso geral e mais especial, cumulando as conquistas argumentativas, estabelece as regras de justificação interna e externa. As primeiras são entendidas como a verificação se a decisão é uma consequência lógica das premissas expostas na fundamentação, enquanto as segundas são entendidas como a correção de tais premissas, que podem ser aferidas por meio de regras de direito positivo e/ou enunciados empíricos. Neste ponto, as regras de argumentação serão mais exigidas para não se perder a correção⁹.

Ao se reunirem as regras do discurso prático geral e do discurso jurídico, percebe-se que todas parecem querer transmitir a ideia de coerência, credibilidade, uniformidade, respeitabilidade e uma tendência universalizante dos argumentos jurídicos.

Cláudia Toledo, na apresentação da edição brasileira da obra *Teoria da argumentação jurídica*, esclarece que o discurso é *prático* (porque voltado ao agir humano), *normativo* (porque estabelece orientação), *racional* (porque construído argumentativamente) e *busca a correção*: “os juízos de valor (axiologia) e os juízos de dever (deontologia) têm sua verdade atingida

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 137.

⁹ Cf. MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam. Ponderação, Pretensão de Correção e Argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. *Revista SJRJ*, v. 19, n. 35, p. 147-166, 2012.

argumentativamente com a observância de regras do discurso. Sua verdade é chamada correção”¹⁰.

Trata-se, portanto, de uma teoria analítico-normativa do discurso jurídico em que a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente e para a qual a pretensão da correção, inicialmente traçada, consiste exatamente na racionalidade da fundamentação, que exige a obediência ao máximo das regras do discurso prático geral e do discurso jurídico para, então, alcançar uma decisão discursivamente aceitável.

A teoria da argumentação jurídica apresenta dezoito regras divididas em dois grupos: o primeiro grupo contém cinco regras de *justificação interna*, enquanto o segundo grupo contém treze regras de *justificação externa*.

E, aqui, merece destaque a advertência de Toledo acerca do real sentido de termos comumente empregados com forte conteúdo material valorativo diferente daquele a que Alexy atribui:

Desse modo, a pretensão de correção no discurso jurídico não diz respeito à exigência de racionalidade do ponto de vista material, conteudístico das asserções jurídicas tomadas como premissas, meta que foge totalmente àquela perquirida por Alexy. Isso significa que, quando Alexy menciona termos como justiça, razão, razão prática, não está ele fazendo referência, consecutivamente, ao conteúdo do valor justiça presente em determinada realidade ou à razão cartesiana ou ainda a uma razão prática Kantiana ou sua versão mais recente na Dialética, como orientada para a realização de um fim socialmente eleito. Todas essas expressões são tratadas dentro da teoria do discurso, sendo sua aplicação desenvolvida exclusivamente do ponto de vista argumentativo - portanto, procedimental¹¹.

Na mesma linha, a lição de Fausto Santos de Moraes a respeito do caráter procedimental da teoria alexiana, voltada à produção de respostas discursivamente aceitáveis para os casos concretos:

A existência de um procedimento discursivo em que se desenvolveria a argumentação jurídica teria a vantagem de reconhecer a pretensão de correção, entretanto, não teria o poder de indicar apenas uma alternativa interpretativa. Isto é, para Alexy, o caminho indicado pelo procedimento discursivo delimitaria o âmbito decisório, contudo, não teria a força para determinar apenas uma

¹⁰ TOLEDO, Cláudia. Apresentação à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 5.

¹¹ TOLEDO, Cláudia. Apresentação à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 13.

resposta. Haveria, neste caso, mais de uma resposta considerada discursivamente, visto que atenderia as mais diversas condições racionais como: lógicas, de participação, carga argumentativa, universalidade¹².

É nesse contexto, que se pretende discutir a positivação de elementos da teoria da argumentação jurídica no Código de Processo Civil, mais especificamente no §1º do artigo 489 - que elenca as hipóteses em que uma decisão, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, não será considerada fundamentada -, cujo incisos se passa a examinar individualmente.

Vejamos o que diz o inciso I:

§1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: *I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida.*

Como se vê, a pretensão do legislador foi impedir fundamentações genéricas, apenas no universo jurídico em abstrato. Não se admitindo mais fundamentações do tipo “tal situação tem previsão no artigo x, logo decido assim”, nada mais explicando. Também fica proibida a fundamentação nestes termos de forma indireta, ou seja, meramente parafraseando o artigo - com a repetição do conteúdo da lei, porém com suas próprias palavras - e, em seguida, declarando a decisão, sem nada fundamentar.

Exige-se do julgador que justifique a aplicação daquela norma ao caso concreto sob exame. Para isso, deve-se adentrar nos fatos relativos ao processo e suas peculiaridades, bem como na análise jurídica da norma que incide sobre tal fato. Assim, o julgador reconhece que aquele fato do mundo trazido no processo recebeu o tratamento legal democrático do legislador, que regulou tal situação jurídica por meio de determinada previsão legal.

A teoria de Alexy, como se viu, oferece uma série de regras de argumentação, que conduzem, se devidamente observadas, a uma fundamentação racional e, portanto, legítima. Nesse sentido, tem-se a seguinte regra que estrutura a justificação interna, até mesmo para os casos mais simples: *(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.*

Uma leitura apressada dessa regra poderia levar o intérprete desatento a entender que bastaria citar uma norma - premissa maior - para a subsunção a um caso concreto. Porém, Alexy acrescenta que isso é insuficiente, prevendo também: *(J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.*

¹² MORAIS, Fausto Santos. Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 83.

Fica clara, aqui, a exigência de outras proposições para se justificar a utilização daquela norma dita universal, não se admitindo a mera subsunção acrítica, descontextualizada e desprovida de qualquer outro argumento. Alexy evolui para os casos mais complexos, determinando que o julgador utilize sucessivas etapas de fundamentação, numa técnica de concreção progressiva da norma individual, até que se chegue à resposta aceitável discursivamente para aquele caso.

Nesse sentido, vejamos-se mais algumas regras de argumentação jurídica pertinentes: (J.2.4) *São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível;* (J.2.5) *Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.*

Observa-se, nitidamente, que tais regras e formas constituem uma estrutura formal de fundamentação jurídica, ressaltando que o ponto crucial é a busca da segurança pela universalidade, o que Alexy nomeia de “regras e formas da justiça formal”.

Por fim, demonstrando esse tratamento racional e cuidadoso de saída do real fático para o formal processual universo jurídico, Alexy afirma que deve haver uma concatenação entre norma e fato recíprocos, e não de forma excessivamente unilateral em favor da norma: “Para fundamentar as regras necessárias para cada nível particular de desenvolvimento, é preciso entrar com profundidade tanto nas especificidades dos fatos como nas particularidades da norma”¹³.

Avançando na análise proposta, vejamos agora o que estabelece o inciso II do §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil:

§1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] II - *empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;*

Tal dispositivo reconhece que o universo jurídico é hermético, constituído por uma linguagem própria, com terminologias ambíguas, plurívocas e de semântica densa. Esse reconhecimento exige dos aplicadores do direito um maior zelo no ato comunicacional, verbalizado ou escrito, em busca de uma precisão mínima necessária evitando-se situações ininteligíveis ou geradoras de novas nefastas dubiedades.

Os “conceitos indeterminados”, assim como as chamadas “cláusulas gerais”, surgem na Alemanha, porém atualmente estão presentes nos sistemas judiciais contemporâneos. Por isso, é

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 226.

dever do julgador “fechar” tais conceitos, ou seja, delimitar o sentido com que foram compreendidos e aplicados no caso concreto.

Nesse ponto, a ausência dessa completude fere o dever constitucional de fundamentar e a segurança jurídica, primeiro pelo fato de utilizar conceitos jurídicos que possuem uma indeterminação ínsita e natural, que deveria ser trabalhada, densificada, concretizada e reduzida ao que se está utilizando naquele caso; e segundo porque deve-se justificar o motivo concreto de sua incidência naquele caso específico, o que já foi trabalhado no inciso I.

Confrontando o inciso II com a teoria da argumentação, percebe-se a sua relação direta com a seguinte regra do discurso prático geral: *(1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.*

Trata-se, com efeito, de regra fundamental de inteligibilidade entre os participantes do discurso, ou seja, os aplicadores do direito devem “falar a mesma língua”, o que é exigível para uma comunicação sem ruídos de ausência de entendimento ou entendimentos dúbios ou equivocados.

Sendo assim, levando em conta as potencialidades das características da linguagem jurídica já explicitadas acima, para se cumprir a referida regra deve-se deixar claro qual o significado em concreto do conceito jurídico utilizado, evitando-se, assim, inseguranças no discurso jurídico.

Registre-se, ainda, que essa regra é pressuposto básico em qualquer comunicação que se pretenda séria e responsável, uma vez que o primeiro interlocutor necessita saber o real teor daquilo que é comunicado pelo segundo interlocutor (o que, de que, para que, para quem, qual o sentido, quais os fatos...), sob pena de se inviabilizar o ato comunicacional ou torná-lo eivado de inaceitável insegurança.

Nesse sentido, a primeira regra de razão de Alexy: *(2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.*

Esse processo obrigatório de tornar concreto e inteligível o que até então era indeterminável, passa necessariamente pelo processo de fundamentar aquilo que afirma ou que nega, também de forma argumentativa. Tal dialética conduz a um progressivo afunilamento comunicacional, que se mostra extremamente positivo para o acerto e concreção do conteúdo comunicado, ou seja, dos conceitos jurídicos utilizados.

Dito isso, a obediência de tais regras da teoria da argumentação tem o condão de dar segurança jurídica ao ato decisório, aumentando o grau de certeza acerca do sentido do

“conceito jurídico indeterminado” empregado, além de justificar o porquê de sua utilização naquele caso concreto.

Prosseguindo no exame do §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, o inciso III prevê que:

§1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] III - *invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;*

Ora, não se pode aceitar uma espécie de “coringa processual”, uma verdadeira “carta (hermenêutica) na manga do intérprete”. Uma fundamentação-que-serve-para-qualquer-decisão equivale a uma não-fundamentação. E, portanto, também conduz à nulidade da decisão.

Na verdade, esse é dispositivo contra o uso de *standards decisórios*, aqui entendidos como argumentos marcados por alto grau de abstração e potencializados pelos recursos da informática que possibilitam a construção de decisões, mediante a simples composição de argumentos pré-elaborados - inclusive com o artifício da expressão “caso concreto” -, sem que se examine qualquer faticidade.

Sob a perspectiva da teoria alexiana, o referido dispositivo legal encontra correspondência nas seguintes regras da argumentação jurídica: (J.2.4) *São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível;* (J.2.5) *Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.*

Essas regras já foram abordadas anteriormente. Agregue-se apenas que não pode fundamentação restar incompleta. Isso porque se espera que todo o processo de fundamentação empregado pelo órgão decisório tenha coerência (início, meio e fim) e exaustão (que enfrente todo o percurso argumentativo até se obter o *decisum*) para então se chegar a uma resposta discursivamente racional e aceitável.

Nesse mesmo sentido, a teoria de Alexy prevê a saturação argumentativa de toda e qualquer questão, bem como a saturação entre as próprias regras clássicas de interpretação, que são nomeadas por ele de “cânones da interpretação”, visando a evitar falas vazias: (J.6) *Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação.*

Importante destacar que Alexy classifica esses cânones interpretativos em seis grupos: semântico, genético, histórico, comparativo, sistemático e teleológico. É suficiente neste momento declarar que tais grupos constituem classes e argumentos de formas diferentes, os

quais são instrumentos de legitimação secundária de uma decisão, que se pode encontrar e fundamentar de diferentes maneiras, sempre de forma exaustiva e concreta.

Com isso, a obediência de tais regras da teoria da argumentação representa o fortalecimento da segurança jurídica no campo do exercício jurisdicional, uma vez que contribui para a obtenção de respostas que resultem de uma construção lógica e exaustivamente debatida por meio de argumentos racionais.

O inciso IV do §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, por sua vez, estabelece que:

§1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV - *não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;*

Tal dispositivo veio para pôr fim à prática jurisdicional, chancelada pelo Superior Tribunal de Justiça, que dispensava o magistrado de justificar a rejeição de cada uma das teses levantadas pelas partes, à revelia do dever de fundamentação previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição de 1988.

Como se sabe, o princípio do devido processo legal abarca as garantias do contraditório e da ampla defesa, que jamais podem ser compreendidas sob uma perspectiva meramente formal. Assim, o processo é dialógico, participativo e construído pelas partes, tendo por destinatário o Estado-juiz. O julgador jamais poderá ignorar as consequências endoprocessuais do exercício de tais garantias constitucionais.

O contraditório efetivo deve ser entendido como a possibilidade de ser chamado a influir no processo efetivamente, desde as primeiras manifestações até o trânsito em julgado. Para que serviria essa promessa constitucional forte e ampla, caso o juiz não estivesse obrigado a analisar todos os argumentos levantados por quem está em pleno exercício do contraditório?

O mesmo se aplica à ampla defesa, que pressupõe a possibilidade de carrear ou fazer carrear aos autos todos os elementos de prova possíveis e legais para efetivamente influenciar no convencimento do juiz.

A possibilidade de o juiz não se manifestar sobre todos os argumentos levantados por uma das partes é irregularidade passível de ser combatida por meio de embargos de declaração. Esse mesmo remédio processual também pode ser interposto nos casos de obscuridade,

contradição e erro material. Portanto, o magistrado não só é obrigado a enfrentar todos os argumentos, mas ainda deve fazê-lo de forma clara, objetiva, exaustiva, lógica e coerente.

Aqui, saltam aos olhos diversas regras do discurso prático que circundam o preceituado em tal dispositivo:

- (2.1) *Quem pode falar pode tomar parte no discurso.* Essa é a regra de razão de admissão no discurso. Considerando a sistemática processual, tem-se que, se os falantes são as partes, elas logicamente podem e devem falar. Sendo assim, tem o direito de tomarem parte no discurso, o que significa que podem e devem influenciar na decisão, ou seja, têm o direito de verem seus argumentos examinados e enfrentados para, ao final, serem aceitos ou rejeitados legitimamente.

- (2.2) (a) *Todos podem problematizar qualquer questão.* (b) *Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.* (c) *Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.* São regras de razão que regulam a liberdade de discussão. Tais regras não são meramente figurativas, mas sim concretas e reais. Nesse sentido, a liberdade de discussão garantida só teria sentido se todos os argumentos fossem levados em conta. Para isso, devem necessariamente ser analisados pelo julgador.

- (2.3) *A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna e externa ao discurso.* Tal regra de razão tem a função de proteger o discurso da coerção. Trata-se de mecanismo garantidor da efetividade das regras anteriores. Fortalecendo o fato de que tais regras não devem ser interpretadas como meramente formais, mas sim de maneira efetiva.

- (3.3) *Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.* Essa é uma regra de carga de argumentação, que impulsiona as etapas de fundamentação e o processo de saturação dos argumentos. Talvez seja a regra que mais traduz o núcleo do inciso ora examinado, a própria essência da dialética comunicacional, a raiz da noção de debate processual via contraditório e ampla defesa efetivos. A omissão do juízo no enfrentamento de algum argumento trazido por uma das partes acarretaria a interrupção do processo comunicacional, representaria a quebra do diálogo e da racionalidade argumentativa, ferindo de morte o respeito ao contraditório e à ampla defesa. Disso, surgiria um falso discurso meramente impositivo e unilateral, que seria inconstitucional na gênese.

- (J.6) *Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação;* (J.9) *Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação.* Essas regras já foram

analisadas anteriormente e também possuem pertinência nesse ponto, tendo em vista que a saturação de todos os argumentos num discurso pressupõe o enfrentamento integral dos argumentos colocados, não se admitindo omissões.

- (J.18) *As formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas.* Essa é uma regra de saturação da justificação externa no sentido de prever que os argumentos jurídicos devem sofrer um processo exaustivo de tratamento dialógico racional num contexto discursivo. Assim, não se tem dúvidas de que a teoria da argumentação prevê um discurso amplo, franco e exaustivo, não se admitindo posturas evasivas ou omissas.

Em suma, a observância de tais regras da teoria da argumentação jurídica legitima o processo jurisdicional democrático, reforçando as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, além de assegurarem a segurança jurídica e a vedação à surpresa.

Avançando no exame do §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, o inciso V dispõe que:

§1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - *se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.*

A *ratio legis* desse dispositivo repete a mesma lógica do inciso I, já analisado, tendo em vista que o legislador buscou impedir que o juiz se limite a meramente indicar um “fundamento legal”, seja ele ato normativo, precedente ou enunciado de súmula. Em ambos os casos, exige-se do julgador que demonstre todos os fundamentos determinantes que estão por trás do ato normativo, do precedente ou do enunciado de súmula, bem como se tal dispositivo amolda-se perfeitamente ao caso concreto em julgamento. Assim, o legislador só entende como fundamentado se o juiz percorrer pormenorizadamente todas as etapas.

Cumprir referir, especialmente em razão da vinculação do sistema jurídico brasileiro à tradição da *civil law*, que o precedente, jurisprudência e súmula são coisas distintas. De todo modo, o mais importante - e é isso que impõe o legislador - é a análise daquilo que está por trás do “precedente ou enunciado de súmula”. Trata-se da análise da construção que já fora realizada outrora. Portanto, quer-se que sejam levantados e analisados os fundamentos - fáticos e jurídicos - que foram determinantes nos julgamentos passados e, somando-se a isso, a análise correlacional se tais fundamentos podem ser acoplados ao caso concreto atual. É esse percurso argumentativo que o legislador está a reclamar do aplicador do direito. O que, sabidamente, não

vem sendo observado nos tribunais brasileiros, especialmente em razão da inexistência de uma cultura que privilegie os cuidados que o caso concreto exige.

Importante deixar claro que essa exigência legislativa não significa, de maneira nenhuma, qualquer conversão à tradição da *common law*. Não se trata disso. O que se está a reivindicar é somente o tratamento adequado à aplicação dos precedentes e das súmulas, respeitando aquilo que realmente interessa: a necessidade de fundamentar as razões que levaram, concretamente, à invocação de determinados precedentes ou súmulas¹⁴.

A análise do referido inciso à luz teoria alexiana pode ser feita em conjunto com a vinculação proposta no inciso VI do §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, tendo em vista que se refere basicamente ao mesmo objeto:

§1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI - *deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*

Trata-se de um instrumento que buscar reforçar as noções de integridade, coerência e estabilidade da jurisprudência. Contudo, não se está diante de nenhuma vinculação. O dever, aqui, é simplesmente de fundamentar o afastamento, seja por superação ou distinção. Na verdade, a obrigação do julgador restringe-se à fundamentação do afastamento, no caso concreto, daquele precedente/súmula invocado por alguma das partes.

Dito de outro modo, o que o legislador está exigindo do juiz diretamente é o dever de fundamentar o seu entendimento num caso concreto quanto à análise e aplicação dos entendimentos jurisprudenciais - sumulados ou não - dos demais tribunais. E, indiretamente, está cobrando coerência, confiabilidade, boa-fé e segurança jurídica de toda a estrutura judicial quanto às respostas jurisdicionais dadas no passado e no presente. Nada mais legítimo.

Como se vê, ambos os incisos (V e VI) refletem elementos desenvolvidos na proposta alexiana. Veja-se o que o próprio autor afirma sobre esse tema: “Uma teoria da argumentação jurídica que não considere o papel dos precedentes omitiria seus aspectos essenciais”¹⁵. Para ele, essa discussão centra-se no papel da observância dos precedentes do ponto de vista da

¹⁴ Sobre o tema, ver RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 267.

teoria do discurso jurídico e na relação dos argumentos baseados em precedentes com outros argumentos possíveis no discurso jurídico.

O que fundamenta o uso dos precedentes, segundo Alexy, é o princípio da universalidade, exigência esta que é própria a toda concepção aristotélica de justiça, ou seja, tratar os iguais de maneira igual. Disso, imediatamente, extrai-se a primeira grande dificuldade decisória, pois não se admite que um caso passado seja rigorosamente igual a outro presente, de tal forma que o verdadeiro e real problema acaba sendo a determinação da relevância de tais diferenças.

Tanto é assim que o próximo problema a ser enfrentado dentro da teoria da argumentação diz respeito ao afastamento da aplicação do precedente em que se alega “igual” ao caso atual. Nesse ponto, a solução formulada por Alexy é atribuir a *carga da argumentação* a quem assim deseja. Isso porque a regra geral é a obediência aos precedentes, no sentido de contribuir para a segurança jurídica e proteção da confiança na aplicação do direito. Desse modo, aquele que pretender não aplicar um determinado precedente assume o ônus argumentativo de demonstrar as razões para isso.

Nesse sentido, Alexy formula duas regras gerais para o uso dos precedentes, são elas:
(J.13) *Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo.*
(J.14) *Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.*

Essas regras traduzem perfeitamente o respeito aos precedentes, reforçando o ideal de estabilidade e de segurança jurídica, a partir de uma espécie de vinculação somente *prima facie*, visto que o julgador não se encontra engessado. No entanto, para se afastar da aplicação, cabe ao julgador, necessariamente, argumentar de maneira exaustiva, rechaçando todos os contra-argumentos em favor da observância do precedente ou súmula vigente.

A invocação de um precedente significa, portanto, a aplicação da norma subjacente ao precedente, ou seja, a norma e a fundamentação que estão por trás do precedente. Assim, para se decidir qual é a norma que deve ser aplicada, faz-se necessário distinguir *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Na mesma linha, a aplicação dos precedentes também deve estar atenta às técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, que foram adotadas no texto legal quando se declara “existência de distinção” e “superação do entendimento”, respectivamente.

Observa-se, contudo, que o uso de todo esse aparato conceitual somente é posto em prática por meio de argumentos racionais, que devem observar as regras do discurso prático formuladas por Alexy, para quem

O uso de precedentes se mostra assim como procedimento de argumentação exigido por razões prático-gerais (princípio da universalidade/regra da carga da argumentação), sendo, nessa medida, racional. Seu uso pressupõe argumentos adicionais, especialmente, argumentos práticos de tipo geral¹⁶.

Em resumo, após a análise de cada um dos incisos que compõe o §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil e seu confronto com as premissas que fundam o pensamento de Alexy, conclui-se que o legislador incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro, ainda que involuntariamente, elementos centrais da teoria da argumentação jurídica, encontrando amparo nas formulações do consagrado jurista alemão. Tal positividade pode ser considerada, seguramente, um *acerto* do legislador, na medida em que a fundamentação das decisões judiciais constitui um dos núcleos que estruturam o processo jurisdicional democrático.

2 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DE ROBERT ALEXY, E O §2º DO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

À *teoria da argumentação jurídica*, formulada em 1978, está integrada à *teoria dos direitos fundamentais*, desenvolvida em 1986, na qual Alexy discute a estrutura das normas definidoras de direitos fundamentais - é aqui onde ele oferece sua distinção entre regras e princípios, além de apresentar a máxima da proporcionalidade para encarar o problema da colisão de princípios -, além de oferecer seus conceitos e tipologias.

O ponto relevante para a abordagem ora pretendida diz respeito, precisamente, ao conceito de princípio¹⁷, eis que considerado por Alexy tanto a base da fundamentação quanto a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais:

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais¹⁸.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 271.

¹⁷ A respeito da importância do conceito de princípio e seu sentido no pensamento de Robert Alexy, consultar: TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 201, p. 85.

Recorrendo a critérios como a generalidade, a determinabilidade dos casos de aplicação, o conteúdo axiológico e as maneiras de aplicação - subsunção ou ponderação -, entre outros, Alexy entende que há uma diferenciação não só de grau, mas também qualitativa entre regras e princípios.

Para ele, as regras são determinações, ou seja, normas que sempre ou são satisfeitas ou não, no âmbito do que é fática e juridicamente possível. As regras são razões definitivas para decisões concretas. Os aparentes conflitos entre regras são resolvidos por outras regras, dentro de uma perspectiva de validade, tais como os clássicos critérios da hierarquia, da especialidade e da cronologia, entre outras regras.

Já os princípios são mandamentos de otimização, isto é, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, podendo serem satisfeitos em graus variados, uma vez que colisões entre eles são possíveis. Os princípios são razões *prima facie*, ou razões para regras e também para decisões dos casos concretos.

Nesse ponto, quando houver uma colisão entre princípios, revela-se inviável a mesma solução dada no caso de conflito entre regras, sendo necessário verificar qual dos princípios terá precedência em face do outro, naquelas determinadas condições. Trata-se de uma questão de peso, em dado caso concreto. Não há como se falar em precedência incondicionada, abstrata ou absoluta.

Assim, considerando que somente princípios válidos podem colidir, é preciso resgatar o conceito de direito, sustentado por Alexy, em que a moral assume um papel relevante sendo incorporada a partir do elemento da correção:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão de correção¹⁹.

Segundo a teoria dos direitos fundamentais, a “lei da colisão”, ou “balanceamento”, é o instrumento adequado para o sopesamento entre os princípios, uma vez que pressupõe valores

¹⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 151.

constitucionais em choque. Como se vê, para Alexy, princípios e valores estão intimamente relacionados: os princípios, como mandamentos de otimização, pertencem ao âmbito deontológico (*dever ser*); os valores, por sua vez, pertencem ao nível axiológico (*ser bom*). Todavia, a aplicação de princípios passa pela escolha de critérios de valoração (que podem ser *classificatório*, bom ou ruim; *comparativo*, maior/menor/igualdade de valores; e *métrico*, uma magnitude qualquer), e tal escolha necessita de sopesamentos, visto que os referidos critérios competem entre si.

É nesse contexto que Alexy introduz a *máxima da proporcionalidade* como um sistema que coordena aplicação dos direitos fundamentais, mais especificamente dos princípios jurídicos, estruturando-a a partir de três submáximas: *adequação* (relação entre meios e fins), *necessidade* (mandamento do meio menos gravoso) e *proporcionalidade em sentido estrito* (sopesamento propriamente dito).

Assim, quando dois ou mais comandos de otimização entram em choque, eles devem ser harmonizados a fim de possibilitar a maior concretização de todos, sem excluí-los totalmente. A *adequação* e a *necessidade* passam pelo crivo do faticamente possível (exame fático). Já a *proporcionalidade em sentido estrito* envolve a análise do juridicamente possível (exame normativo).

A *adequação* traduz o conhecido ideal do *ótimo de Pareto*, ou seja, busca-se a melhor harmonização entre os princípios em colisão. Com isso, tenta-se melhorar uma posição sem prejudicar a outra, ou prejudicar minimamente possível. A *adequação*, por sua vez, carrega a ideia de aptidão menos onerosa diante daquelas possibilidades fáticas colocadas no caso concreto.

Não resolvida a colisão na primeira etapa - ou seja, ainda persistindo dois ou mais princípios adequados -, avança-se para a segunda etapa, relativa à *necessidade*. Nessa fase, ainda se utiliza e se busca atingir o *ótimo de Pareto*. Assim, privilegia-se o princípio adequado e necessário que causar menor lesividade ao outro. Entretanto, quando os custos forem inevitáveis, passa-se à etapa da proporcionalidade em sentido estrito, na qual se processe à técnica da ponderação.

Conforme Alexy, a *lei do balanceamento*, ou sopesamento, em sua formulação originária, aduz *quanto maior for o grau de intervenção em um princípio, maior deverá ser o nível de satisfação do outro*:

Essa lei, que será chamada “lei de colisão”, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como

mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores²⁰.

Como se vê, a “lei de colisão” revela a relativização dos princípios em face das possibilidades jurídicas do caso concreto. Seu grau de racionalidade adviria da estrutura lógica decorrente de juízos quanto à correlação entre *intervenção* e *satisfação* dos princípios jurídicos envolvidos, bem como da *certeza* sobre as questões fáticas. Assim, além do juízo sobre a *intensidade* de *intervenção/satisfação* dos princípios jurídicos, Alexy também refere que a intensidade da confiança sobre as premissas fáticas permitiria expressar a “fórmula de peso”, cuja última versão é a seguinte²¹:

$$W_{ij} = I_i \cdot W_i \cdot S_i / I_j \cdot W_j \cdot S_j$$

Na referida fórmula, *i* e *j* correspondem, respectivamente, ao princípio interferido e ao princípio satisfeito; *W* corresponde ao peso abstrato (*abstract Weight*); *I* corresponde à intensidade da interferência (*intensity of Interference*); *R_e* corresponde à confiabilidade das premissas empíricas (*Reliability of Empirical assumptions*); *R_n* corresponde à confiabilidade das premissas normativas (*Reliability of Normative assumptions*). *I* = interferência ou satisfação.

Considerando os elementos lógicos explicitados na fórmula, a decisão pode ser considerada aceitável se racionalmente fundamentada mediante a utilização de argumentos que suportem a atribuição de valores aos elementos da intervenção/satisfação e certeza quanto às premissas fáticas²².

Nessa atribuição de juízos de ponderação ao texto constitucional é que o direito expressaria a sua conexão necessária com a moral, aproximando a dimensão real do direito (direito posto ou a decisão judicial) à sua dimensão ideal (pretensão de correção). Tal aproximação, entretanto, sustentar-se-ia tão-somente mediante a demonstrabilidade argumentativa da pretensão de correção.

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 99.

²¹ Sobre o déficit hermenêutico da teoria alexiana, ver BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *As fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy*. Salvador: Juspodivm, 2017.

²² ALEXY, Robert. Princípios formais. In: ALEXY, Robert (Org.). *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

Trata-se, certamente, de uma proposta teórica complexa e altamente sofisticada que busca fornecer um “sistema” cuja finalidade é, ao fim e ao cabo, contribuir para o aumento do grau de racionalidade das decisões judiciais, em consonância com o compromisso democrático que caracteriza o paradigma do Estado constitucional de Direito²³.

Não é isso, porém, o que se verifica na jurisprudência brasileira, que reiteradamente vem aplicando, de maneira geral, uma *vulgata da ponderação*, reforçando ainda mais a discricionariedade dos juízes²⁴.

Nesse mesmo sentido, não se pode deixar de referir os resultados da pesquisa de Fausto Santos de Moraes, em cuja premiada tese de doutorado - intitulada *Hermenêutica e Pretensão de Correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal* - foram examinadas as 189 decisões do STF, ao longo de uma década, que fazem menção à proporcionalidade. Entre outras conclusões, o autor constata o seguinte fato: mesmo havendo referência expressa à proporcionalidade pelos ministros do STF, sua aplicação não guarda qualquer relação com a proposta do jurista alemão²⁵.

Como se não bastassem os problemas resultantes do *ab-uso* da ponderação no campo da jurisprudência, vejamos a inovação legal trazida no § 2º do artigo 489 do Código de Processo Civil:

Art. 489. [...] § 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 a as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Trata-se, sem dúvida, de um dos dispositivos mais polêmicos do Código de Processo Civil, sendo, inclusive, passível do devido controle de constitucionalidade, uma vez que incompatível com o dever de fundamentação expresso no artigo 93, inciso IX, da Constituição, conforme adverte Lenio Streck²⁶.

Sem adentrar na questão da péssima e atécnica redação legislativa, o legislador positivou a técnica da *ponderação* para os casos de *colisão de normas* (sic) - típica *ponderação à*

²³ Ver, nesse sentido, TOLEDO, Cláudia (Org.). *O pensamento de Robert Alexy como sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

²⁴ TRINDADE, André Karam. Robert Alexy e a *vulgata da ponderação de princípios*. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios>? Acesso em: 22/06/2017.

²⁵ MORAIS, Fausto Santos. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: Juspodivm, 2016.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; cunha, Leonardo Carneiro da (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 688-690.

brasileira -, atribuindo ao juiz o dever de justificar os critérios por ele aplicados para o sopesamento.

Dito de outro modo, se até então a ponderação era empregada casuisticamente pelo senso comum jurídico, ampliando a discricionariedade dos julgadores²⁷ (MORAIS, 2016); agora, essa prática foi institucionalizada pelo Código de Processo Civil, com agravante de não estabelecer padrão equivalente à fórmula de peso, contribuindo para o descontrole sobre a subjetividade das decisões e, conseqüentemente, a acentuação do grau de decisionismo judicial no Brasil.

A vulgata da ponderação, ao contrário da teoria alexiana, enfraquece a normatividade dos direitos fundamentais. Ao ser utilizada sem a devida preocupação com sua fundamentação, ela termina por endossar uma prestação jurisdicional cujo resultado é conhecido de todos: a justiça lotérica²⁸.

Observa-se, desse modo, o erro grosseiro do legislador ao positivar a técnica da ponderação em caso de *colisão de normas*, ignorando toda e qualquer distinção entre regras e princípios. Ademais, a ponderação autorizada pelo referido dispositivo legal estabelece que cabe ao julgador “enunciar as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Afinal, que ponderação é esta que nada disciplina, nada regula, nada explica, nada controla, nada justifica? Certamente não é a mesma ponderação proposta por Alexy, à qual também não faltam críticas²⁹. Mas esse não é o propósito do presente artigo.

CONCLUSÃO

A proposta deste trabalho era identificar os (des)acertos do legislador na “positivação” das teorias da Alexy no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da promulgação do novo Código de Processo Civil.

²⁷ ALEXY, Robert. Princípios formais. In: ALEXY, Robert (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

²⁸ TRINDADE, André Karam. Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios?> Acesso em: 22/06/2017.

²⁹ Ver, por todos, STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

De um lado, ao elencar as hipóteses em que uma decisão - seja ela interlocutória, sentença ou acórdão - não será considerada fundamentada (art. 489, §1º), o legislador estabeleceu, inversamente, uma série de critérios e parâmetros que correspondem, de algum modo, às premissas e regras instituídas pela teoria da argumentação jurídica, não necessariamente a alexiana.

A introdução de tais elementos mostra-se *positiva* - um acerto do legislador -, uma vez que certamente contribuirá para uma melhor fundamentação das decisões judiciais, aumentando as possibilidades de controle e, por conseqüente, conferindo-lhes ainda maior grau de legitimidade democrática.

De outro lado, porém, ao incorporar à legislação a ponderação para se resolver os casos de “colisão de normas” (art. 489, §2º), o legislador incorreu em flagrante confusão conceitual, à revelia das formulações contidas na *teoria dos direitos fundamentais*, conferindo aos juízes uma “carta branca”, uma vez que bastaria sua justificação do objeto e dos critérios aplicados para o sopesamento.

A institucionalização dessa técnica, cujo emprego casuístico, até então, ampliava a discricionariedade dos julgadores, revela-se *negativa* e nociva - portanto, um desacerto do legislador - à medida que, não havendo padrão equivalente à fórmula de peso, terminará por alargar as margens de subjetividade e, conseqüentemente, de discricionariedade judicial.

Se a *vulgata da ponderação* era uma realidade, no Brasil, antes mesmo do advento novo do Código de Processo Civil, a tendência é que, com sua previsão legal, a aplicação dessa técnica ganhe ainda mais força. E isso pode ser prejudicial a uma prestação jurisdicional democrática.

Em suma: o §2º do artigo 489, ao ignorar que a ponderação é uma técnica sofisticada, cujo procedimento deve ser rigorosamente observado, para fins de aumentar o grau de racionalidade das decisões judiciais, caminha na contramão dos parâmetros de controle da fundamentação dos atos decisórios instituídos pelo §1º do mesmo artigo. Resta saber como o Poder Judiciário vai lidar, na prática, com esse paradoxo legislativo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; CARNIO, Henrique. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e proporcionalidade. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. Princípios formais. In: ALEXY, Robert (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. **As fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador: Juspodivm, 2017.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. 3 ed. Lisboa: Gulbenkian, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa I e II**. Madrid: Taurus, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação. Ensaios filosóficos**. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.

MORAIS, Fausto Santos. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam. Ponderação, Pretensão de Correção e Argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. *Revista SJRJ*, v. 19, n. 35, p. 147-166, 2012.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e terias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; cunha, Leonardo Carneiro da (Orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 681-692.

THEODORO JR., Humberto; Nunes, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco; QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa. **Novo CPC Fundamentos e Sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOLEDO, Cláudia (Org.). **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TOLEDO, Cláudia. Apresentação à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TRINDADE, André Karam. Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios?>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD**, v. 7, n. 3, p. 243-252, 2015.

Recebido em: 18.10.2017 / Aprovado em: 18.12.2017 / Publicado em: 20.12.2017

COMO FAZER A REFERÊNCIA DO ARTIGO (ABNT):

TRINDADE, André Karam; DUARTE NETO, João Carneiro. Os (des)acertos do legislador na “positivação” das teorias de Robert Alexy no Direito Processual Brasileiro. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 12, n. 3, p. 1044-1067, dez. 2017. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29603>>. Acesso em: dia mês. ano. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/1981369429603>.