

Dierle Nunes
George Salomão Leite
Lenio Streck
(Coordenadores)

O FIM DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO





Copyright© 2018 by Dierle Nunes, George Salomão Leite & Lenio Streck

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

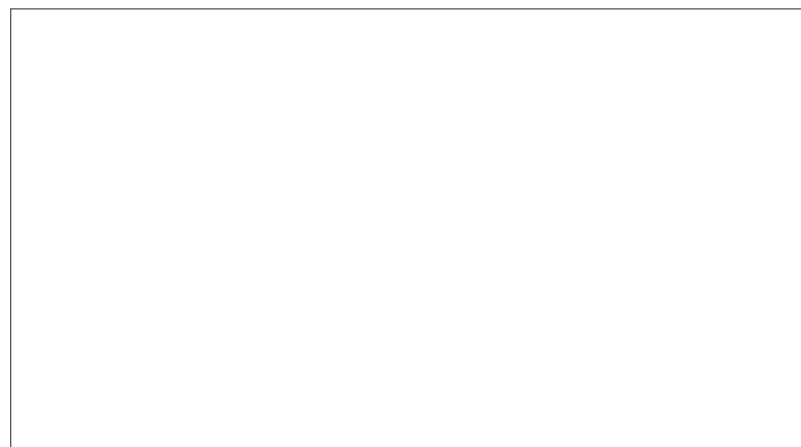
OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

O FIM DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO



É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Av. Embaixador Abelardo Bueno, 1 - Barra da Tijuca

Dimension Office & Park, Ed. Lagoa 1, Salas 510D, 511D, 512D, 513D

Rio de Janeiro - RJ CEP: 22775-040

www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br



COLABORADORES

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia – Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP e do IBMEC-BH. Coordenador do Núcleo de Direitos Humanos da UFOP. Coordenador do Programa de Mestrado *Novos Direitos, Novos Sujeitos* da UFOP.

Clarissa Tassinari – Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Em estágio pós-doutoral no PPG Direito da UNISINOS. Advogada.

Dierle Nunes – Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Università degli Studi di Roma La Sapienza/Itália. Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais–UFMG.

Diogo Bacha e Silva – Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Professor de Direito da Faculdade de São Lourenço.

Douglas Roberto Martins – Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Flávio Quinaud Pedron – Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor Adjunto da graduação e do Mestrado em Direito da Faculdade Guanambi/BA. Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Professor Adjunto na graduação do IBMEC.

George Salomão Leite – Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de Buenos Aires – UCA. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Advogado.

Guilherme Valle Brum – Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/DF. Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

Igor Raatz – Pós-doutor, Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos–UNISINOS.

Lenio Luiz Streck – Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISINOS/RS.

Lúcio Delfino – Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Mateus Costa Pereira – Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco–UNICAP. Professor de Direito Processual Civil da UNICAP.

Maurício Ferreira Cunha – Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC/Campinas. Juiz de Direito.

Rafael Giorgio Dalla Barba – Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Rinaldo Mouzalas – Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco–UNICAP. Professor de Direito Processual Civil da UFPB.

William Galle Dietrich – Mestrando em Direito Público pela UNISINOS/RS.

Ziel Ferreira Lopes – Doutorando e Mestre em Direito Público pela Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Advogado.

EXORCIZANDO O LIVRE CONVENCIMENTO!

À GUIA DE PREFÁCIO.

Por **Lenio Luiz Streck**

“O juiz apreciará livremente a prova [...]; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento”. É o que dizia o art. 131 do Código de Processo Civil de 1973. De lá para cá, muita coisa mudou: a história brasileira vivenciou um processo ruptural de democratização, tendo na Constituição de 1988 seu ápice; a Teoria do Direito começa a centrar suas discussões no caráter interpretativo do fenômeno jurídico; e a doutrina do processo civil passa a verificar a necessidade de compatibilizar a dogmática processual com o projeto de Estado e, portanto, de exercício da jurisdição inaugurado pelo constitucionalismo democrático.

Como um dos resultados dessas transformações, surge a elaboração de um Código de Processo Civil, que entra em vigor em 2015, que, dentre outros aspectos, traz avanços significativos no que diz respeito a uma pergunta fundamental: como se decide adequadamente? Ou, associando esta pergunta à perspectiva teórica de Ronald Dworkin, como se decide de forma responsável em um paradigma democrático? A resposta para essas perguntas direciona o debate para um único local: o dever de fundamentação das decisões judiciais, que é garantido pela Constituição brasileira no art. 93, IX.

Diante desta previsão constitucional, não haveria mais espaço para o livre convencimento, até então previsto no art. 131 do CPC/73, pelo simples fato de que livre convencimento, discricionariedade e ausência de fundamento jurídico para a decisão judicial podem ser lidos como sinônimos. Assim, o CPC/2015 teve uma tônica: democratizar o nosso sistema de justiça e qualificar a prestação jurisdicional. Ou seja, a preocupação consistia em aumentar o controle da comunidade de intérpretes sobre a decisão judicial. É nesse contexto, então, que ocorre a retirada do livre convencimento e a introdução o dever de coerência e integridade. Para além disso, é criado um artigo, o 489, que simboliza uma espécie de antídoto ao

livre convencimento, na medida em que estabelece critérios para que uma decisão judicial possa ser considerada fundamentada.

Pronto. Estava resolvido o problema. O direito processual civil, que por tanto tempo esteve preso às amarras do subjetivismo (e do solipsismo), agora ressurgia reformulado – assentado em novos pressupostos paradigmáticos interpretativos. Mas não é bem isso. Antes mesmo de ser sancionado o CPC/2015, havia uma campanha para que o art. 489 fosse vetado. Aprovado o CPC/2015 e mantido o art. 489, consequência de uma forte resistência teórica por mim capitaneada, passou a não ser aplicado.

Surgem teses de que, em certos ramos do Direito, que fazem uso do processo civil de modo subsidiário, este dispositivo (489) é dispensável. E nos juizados especiais? Também não, afinal, por que o dever de fundamentar as decisões judiciais pode ser assim tão importante? As perguntas são retóricas. Mas a preocupação com o “fantasma do livre convencimento” não. Ele ronda o processo e assombra. Arrasta suas correntes pelas velas do processo civil e do processo penal. Tão forte é o “livre convencimento” que, mesmo “morto”, extirpado do CPC (artigo 371), ressuscita todos os dias. Como fazer valer o novo CPC? Como é possível que, mesmo retirado do CPC, “o livre convencimento” continua a ser utilizado. Que mistério será esse

E é por isso que essa obra coletiva se torna tão relevante: para que possamos trazer luz à discussão!

Da Dacha de São José do Herval, no tórrido verão de 2018, aplacado pela brisa que se esgueira entre os pinheiros e os liquidambars.

SUMÁRIO

COLABORADORES	5
EXERCIZANDO O LIVRE CONVENCIMENTO!	7
Por Lenio Luiz Streck	
O QUE É ISTO, – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA?	11
Lenio Luiz Streck	
DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL RACIONALIZADA? A APOSTA DO CPC/2015 NA NECESSIDADE ARGUMENTATIVA	27
Diogo Bacha e Silva Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia	
SOBRE O MITO AUTORITÁRIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO: EM DEFESA DA INTERSUBJETIVIDADE NA VALORAÇÃO DA PROVA PELO HOMO SAPIENS-DEMENS	49
Mateus Costa Pereira	
A SUPERANÇA DA TESE DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO EM FACE DO DEVER DE BUSCA PELA RESPOSTA CORRETA NA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN	75
Flávio Quinaud Pedron	
O PROBLEMA DA (DE)LIMITAÇÃO DOS PODERES DO JUIZ SOB O OLHAR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO	93
Igor Raatz William Galle Dietrich	
DO DEVER JUDICIAL DE ANÁLISE DE TODOS OS ARGUMENTOS (TESSES) SUSCITADOS NO PROCESSO, A APRECIÇÃO DA PROVA E A ACCOUNTABILITY	121
Dierle Nunes Lúcio Delfino	
JULGAMENTOS ASSÍNCRONOS DE AÇÕES CONEXAS: O NECESSÁRIO RESPEITO AO DEVER DE COERÊNCIA	145
George Salomão Leite Rinaldo Mouzalas	

EM QUE SENTIDO O PROCESSO JUDICIAL BUSCA A VERDADE? ...	163
Clarissa Tassinari Ziel Ferreira Lopes	
A VALORAÇÃO DA PROVA COMO ATO POLÍTICO: NOTAS SOBRE A (PRETENDIDA) SOBREVIVÊNCIA DO CHAMADO “PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO” NO DIREITO BRASILEIRO	189
Guilherme Valle Brum	
PONDERANDO O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:.....	207
A RECEPÇÃO EQUIVOCADA DO INSTITUTO DA PONDERAÇÃO NOS ELEMENTOS ESSENCIAIS DA SENTENÇA	207
Rafael Giorgio Dalla Barba	
O (LIVRE) CONVENCIMENTO MOTIVADO E O INDISSOCIÁVEL DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA – BASE PARA A LEGITIMIDADE DOS PROVIMENTOS	225
Maurício Ferreira Cunha	
O ABANDONO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO PROCESSO CIVIL E O SENSO COMUM TEÓRICO DA PRÁTICA JURÍDICA NAS DECISÕES DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....	257
Douglas Roberto Martins	
BIBLIOGRAFIA	275

O QUE É ISTO, – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA?

Lenio Luiz Streck¹

SUMÁRIO: 1. Palavras primeiras. 2. O livre convencimento motivado: Nem livre, mesmo que motivado. Ou, porque isto não convence. 3. A (não) livre apreciação da prova: por uma teoria da prova constitucionalmente fundada. 4. Tudo isso porque o Direito exige coerência e integridade. 5. Palavras finais. Referências.

1. PALAVRAS PRIMEIRAS

Como um hermeneuta, reconheço a imprescindibilidade das perguntas. O questionamento sobre o que é alguma coisa representa uma abertura, um modo de aproximação. Com isto há um rompimento com a impessoalidade do “todo mundo sabe o que é” na tentativa de, fenomenologicamente, reconstruir os sentidos que foram se escondendo com o passar do tempo.

O Direito pensado como uma mera operacionalidade (prática) encontra-se à margem destas indagações. Consequentemente, estabelece-se um senso comum teórico (Warat) eivado de incompreensões e circunscrito a superfície do fenômeno. Dito isto, a pergunta: O que é isto, – livre convencimento motivado e livre apreciação da prova? A resposta, ou as possíveis respostas, apontam para outra reflexão de igual modo relevante. Nesta quadra da história, ou melhor, diante do nosso marco constitucional estariam ambos em (des)conformidade com esta realidade?

Pensar sobre este tema e formular respostas são demandas para todos aqueles que levam o Direito a sério, sendo este escrito também um convite ao diálogo. Tenho afirmado a saciedade que o Direito não é moral, não é política, tampouco economia. Há nele uma autonomia que limita estes agentes exógenos/endógenos que procuram dominá-lo. Contudo, em muitos casos, estes conseguem entrar e fragilizam o direito.

Neste processo, muito provavelmente, a principal porta de acesso é a

1. Jurista, professor de Direito Constitucional e pós-doutor em Direito. Sócio do escritório Streck e Trindade Advogados Associado.

ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. São Paulo: Alameda, 2010.

STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia*. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, Edição Kindle.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WALDRON, Jeremy. Jurisprudence for Hedgehogs. *Public law & legal theory research papers series*, Working Paper n. 13-45, New York University School of Law: July, 2013.

PONDERANDO O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:

A RECEPÇÃO EQUIVOCADA DO INSTITUTO DA PONDERAÇÃO NOS ELEMENTOS ESSENCIAIS DA SENTENÇA

Rafael Giorgio Dalla Barba¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Traços fundamentais da teoria dos princípios de Robert Alexy 3. Objeções à incorporação do instituto da ponderação no Código de Processo Civil brasileiro 3.1. A colisão entre normas: é possível ponderar regras? 3.2. O desconhecimento da relação de subsidiariedade entre as submáximas 3.3. A confusão entre as dimensões da validade e do peso 3.4. O esquecimento da justificação das premissas jurídicas. 4. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Diferentemente da legislação anterior, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 traz uma série de inovações no que diz respeito às decisões judiciais. Mais especificamente, expõe uma série de novas exigências e procedimentos justificatórios para as autoridades competentes realizarem a fundamentação de suas decisões. Um dos dispositivos (senão o mais evidente de todos eles) que emblema de modo mais ostensivo esse novo paradigma é o artigo 489. Em seus parágrafos e incisos são estabelecidos os “elementos essenciais da sentença”, dos quais constituem o verdadeiro núcleo substancial decisório da nova legislação processual.

O dispositivo textualiza e fixa em Direito Positivo a relação inexorável entre Direito Processual e Teoria do Direito. Quer dizer, entre a teoria processual e a teoria da decisão judicial. E o mais curioso dessa relação é que o próprio Código parece já ter estabelecido qual metodologia a decisão deve se orientar para desenvolver sua fundamentação e, conseqüentemente, determinar o resultado do litígio. Essa definição se encontra no parágrafo 2º do

1. Mestre em Direito Público, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos; Ex-bolsista CAPES/PROEX; Bacharel em Direito, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos; Advogado – OAB/RS 102.395.

mesmo artigo 489, cuja redação segue abaixo:

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

A menção em itálico ao vocábulo “ponderação” é proposital. Ela quer chamar a atenção para um instituto que tem sido – no Brasil e no exterior – um dos mais utilizados (e também polêmicos) conceitos jurídicos das últimas décadas. Em linhas gerais, a ponderação foi importada da Alemanha com o intuito de servir como método para interpretar e aplicar os casos envolvendo direitos fundamentais. No Direito Alemão, a ponderação, que também pode ser traduzida por *sopesamento* (*Abwägung*) ganhou sua notoriedade e recebeu seus principais contornos sob a complexa elaboração da teoria dos princípios de Robert Alexy. Ainda que o próprio autor faça referência à noção de *balancing* na obra do jurista e filósofo norte-americano Ronald Dworkin,³ a ponderação se tornou sinônimo de um instituto (praticamente) imprescindível para a metodologia jurídico-constitucional contemporânea.

Por parte da doutrina constitucional brasileira, o que se percebe é uma aceitação quase unânime da teoria dos princípios de Alexy. Os mais diversos autores, por mais divergentes que sejam em relação a outros aspectos significativos da dogmática constitucional, surpreendentemente endossam as ideias centrais do jusfilósofo alemão, principalmente no que diz respeito à questão da colisão de princípios e à lei do sopesamento/ponderação. Desde autores clássicos como Paulo Bonavides,⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁵ Ives Gandra da Silva Martins⁶, passando pela doutrina contemporânea de Humberto Ávila,⁷ Virgílio Afonso da Silva,⁸ Clèmerson Clève⁹, Daniel Sar-

2. BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em 27 ago. 2017.
3. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 27.
4. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 285-286.
5. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 423-424.
6. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 488.
7. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 194-195.
8. AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 43.
9. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto Gra; DA CUNHA, Sérgio Sêrvulo (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 231-243.

mento¹⁰ e Ingo Wolfgang Sarlet,¹¹ até juízes constitucionais como Gilmar Ferreira Mendes,¹² Luís Roberto Barroso,¹³ Eros Roberto Grau¹⁴ e Carlos Ayres Britto.¹⁵

Na Alemanha, por sua vez, a teoria discursiva de Alexy também encontra grande ressonância em importantes continuadores contemporâneos, principalmente em juristas como Martin Borowski,¹⁶ Nils Jansen,¹⁷ Matthias Klatt¹⁸, Fiete Kalscheuer¹⁹ e Jan-Reinard Sieckmann²⁰ e é, até hoje, uma das teorias de grande destaque.

De alguma forma, a ampla anuência à teoria de Alexy pela doutrina constitucional brasileira mostra, em primeiro lugar, a gigantesca proporção que seu pensamento jurídico alcançou no país. Em segundo, a importância e os méritos de uma teoria que, ainda que tenha sido pensada para o cenário jurídico alemão, consegue alcançar uma amplitude poucas vezes vista antes. Em terceiro, os grandes desafios para as posturas teóricas que de algum modo se colocam em contraposição ao modelo principiológico-argumentativo oferecido pelo professor alemão.²¹

Mas a intenção dessa exposição não é apresentar críticas à teoria dos princípios, aos seus conceitos centrais (como a lei da colisão, a máxima da

10. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 259-271.
11. SARLET, Ingo Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 155. Também em SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85.
12. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74-75.
13. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 339 e 347.
14. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 182.
15. BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 197.
16. BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien: die unterscheidung von prima facie Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 204.
17. JANSEN, Nils. Die normativen Grundlagen rationale Abwägens im Recht. In: SIECKMANN, Jan-Reinard (Org.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 39-57.
18. KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
19. KALSCHUEUR, Fiete. Kants Theorie der Abwägung. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 1, n. 99, pp. 499 – 505, 2013.
20. *Sieckmann, Jan-Reinard. Regelmödelles und Prinzipienmodelles des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1990.
21. Para consulta detalhada das críticas de diversos autores contemporâneos à teoria dos princípios de Robert Alexy, sendo eles Ino Augsberg, Andreas-Fischer Lescano, Ralf Poscher, Karl-Heinz Ladeur, Ricardo Campos, Thomas Vesting e Günther Teubner, ver CAMPOS, Ricardo (Org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

proporcionalidade ou a lei da ponderação, como se verá a seguir) e à teoria da argumentação jurídica de Alexy, mas demonstrar que o parágrafo 2º do artigo 489, do modo como foi incorporado ao Código de Processo Civil brasileiro, é incompatível com a própria teoria pela qual ele foi desenvolvido. Em outras palavras, este texto demonstra que, mesmo se houver (ou houvesse, considerando as suas sérias limitações) razões suficientes para se manter a teoria dos princípios de Alexy como o modelo de interpretação constitucional, o dispositivo processual que de certa forma a incorpora ao Direito Positivo brasileiro não segue conformidade nem com seus padrões conceituais nem com a sua metodologia própria.

Ainda que não se trate de uma defesa da teoria dos princípios de Alexy ou de uma proposta alternativa à importação do instituto da ponderação ao Direito Brasileiro,²² pretende-se mostrar a redação pela qual o parágrafo 2º deveria ter sido formulado caso quisesse manter consonância com a teoria que a origina. A exposição se encerra com as considerações finais sobre a relação do art. 489, § 2º com a teoria dos princípios de Alexy, constatando que os diversos aspectos de descompasso apontam numa única direção: a da incompatibilidade do dispositivo com a teoria dos princípios de Alexy.

2. TRAÇOS FUNDAMENTAIS DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

Um dos aspectos centrais na *Teoria dos Direitos Fundamentais*, ainda que não apareça de forma tão explícita na obra, é justamente a existência de duas espécies de normas de direito fundamental: as expressas diretamente pelo texto constitucional e aquelas que a ele são atribuídas. Nessa segunda espécie, exige-se uma correta fundamentação para que haja legitimidade em sua aplicação, tendo em vista que não estão explicitamente previstas na Constituição, ainda que, conforme Alexy, decorram logicamente de suas disposições.

Assim, para que a fundamentação seja correta do ponto de vista das normas de direito fundamental, Alexy introduz uma de suas principais teses, consistindo na espinha dorsal de todo seu projeto: a diferença entre regras e princípios. Ainda que ambos sejam espécies de normas jurídicas e, portanto, possam ser formulados por meio das expressões deonticas básicas (permissão,

22. Para uma análise pormenorizada das críticas à teoria discursiva de Robert Alexy sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Lenio Streck, ver DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação**: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 99-139.

ordem e proibição), as modalidades distinguem-se qualitativamente.²³

Essas diferenças significam que regras consistem em *mandamentos de definição* (*definitive Gebote*), isto é, normas que sempre são ou não satisfeitas definitivamente: se uma regra é válida juridicamente e incide sob uma hipótese fática, então deve ser aplicada e realizado exatamente aquilo que exige, sem maiores elucubrações argumentativas. Por sua vez, “[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, assumindo a natureza de *mandamentos de otimização* (*Optimierungsgebote*).²⁴ Em outras palavras, enquanto regras são normas que se aplicam (ou não) definitivamente ao caso, princípios caracterizam-se por sua satisfação ser realizada em graus variados, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas.

Essa diferença pode ser visualizada com mais evidência nos casos em que duas normas, se consideradas isoladamente, levam a resultados inconciliáveis entre si, isto é, a dois juízos concretos de dever-ser que se contrapõem: um conflito entre duas regras antagônicas somente pode ser solucionado se for introduzida, em uma delas, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida pelos critérios de resolução de antinomias, e, considerando sua natureza de mandamentos de definição, conseqüentemente extirpadas do ordenamento jurídico.²⁵

Mas ao passo em que um conflito entre regras ocorre na dimensão da validade, colisões entre princípios ocorrem em uma *dimensão de peso*: quando dois princípios colidem, um deles deverá ceder frente ao outro, mas não será declarado inválido ou nele introduzida cláusula de exceção. Nesses casos, a prevalência é avaliada conforme o peso que cada um dos princípios obtiver em face das possibilidades fáticas e jurídicas do caso. Alexy transpõe seu raciocínio utilizando o símbolo **P** para a relação de precedência, e as condições sob as quais essa colisão acontece é figurado pela letra *C*. Em um caso concreto, o princípio *P1* tem um peso maior que o princípio colidente *P2* se houver razões suficientes para que *P1* prevaleça sobre *P2*, sob as condições *C*. Chega-se, assim, a seguinte estrutura lógica: (*P1 P P2*) *C*.²⁶

Não havendo relação absoluta de prevalência de um princípio sobre

23. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 72.

24. *Ibid.* p. 75-77.

25. *Ibid.* p. 77-79.

26. *Ibid.* p. 81-83.

outro, o modo que Alexy encontra para solucionar os casos de colisões é por meio do que chamou de *lei de colisão* (*Kollisionsgesetz*), que recebe a seguinte formulação: “[...] As condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.²⁷

A partir dessa dicotomia que sustenta a dogmática constitucional de Alexy, podemos ressaltar duas consequências imediatas. A primeira é a impossibilidade de haver uma colisão entre uma regra com um princípio, tendo em vista a natureza distinta de seus modos de aplicação. Regras, enquanto mandamentos de definição, contêm determinações para se realizar exatamente aquilo que exigem, nem mais nem menos; princípios, por outro lado, exigem que sua realização seja feita na medida mais ampla possível, mas que tal realização pode ser reduzida pela possibilidade de uma colisão com outro(s) princípio(s), o que significa ser possível que o seu cumprimento seja realizado em diferentes graus. Como adverte Virgílio Afonso da Silva, a relação entre regra e princípio não é de colisão, mas de *restrição*, uma vez que a regra restringe a realização do princípio em sua medida mais ampla possível, encurtando radicalmente seu suporte fático.²⁸

A segunda consequência é a de que, no interior do pensamento de Alexy, as regras jurídicas são o resultado de um sopesamento entre dois princípios que entraram em colisão. Ao passo que os princípios são normas que ordenam algo ser realizado em sua maior medida, não é apenas possível, mas também provável que dois princípios venham a colidir, o que exigirá um sopesamento entre as razões que sustentam a aplicação de cada um deles para determinar qual, naquele caso concreto, venha a prevalecer. Do resultado dessa colisão surge uma regra cuja formulação semântica se adequa ao litígio em questão a ponto de ser aplicável por mera subsunção. Não por outro motivo, Alexy conclui que:

Como resultado de todo sopesamento correto do ponto de vista dos direitos fundamentais formula-se uma norma de direito fundamental atribuída com estrutura de regra em relação a qual o caso pode ser subsumido.²⁹

27. Ibid. p. 84.

28. “Em geral, não se pode falar de uma colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, *feito pelo legislador*, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição”. AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 52.

29. „Als Ergebnis jeder richtigen grundrechtlichen Abwägung läßt sich eine zugeordnete Grundrechtsnorm mit Regelcharakter formulieren, unter die der Fall subsumiert werden kann.“ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 87.

Daí a razão de Alexy ressaltar o distinto caráter *prima facie* das regras em relação ao dos princípios. Enquanto as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que ordenam (nem mais, nem menos), os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, apresentando razões a ser sopesadas em confronto com razões antagônicas.³⁰

Sem entrar na problemática dos princípios formais, é suficiente para essa análise reconhecer que, a partir da dicotomia entre regras e princípios, Alexy estabelece, além da metodologia adequada para cada uma dessas espécies de norma, os parâmetros de fundamentação para as decisões judiciais que envolvam casos de colisão entre princípios. Esses parâmetros serão fornecidos pela *máxima da proporcionalidade* (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).³¹

Ao partir da tese do Tribunal Constitucional Federal de que a máxima da proporcionalidade decorre da própria essência dos direitos fundamentais, Alexy a divide em três submáximas: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*, que definem a noção de *otimização* na sua teoria dos princípios.³² Segundo Alexy, a adequação e a necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas, enquanto que a proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas.³³

A submáxima da adequação traduz a eficiência de Pareto ao procurar eliminar os meios que não sejam adequados para promover determinado direito fundamental e que, além disso, restringem outros, como o caso da lei que obriga comerciantes a fazer curso profissionalizante como

30. Ibid. p. 87-89.

31. Sobre a confusão que se pode tomar com o termo “princípio da proporcionalidade”, Virgílio Afonso da Silva esclarece que “[...] Mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo “princípio” é deixar claro que ele, na expressão “princípio da proporcionalidade”, não tem o mesmo significado de “princípio” na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Robert Alexy”. AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002. p. 27.

32. Segundo Virgílio Afonso da Silva, entre as três submáximas da proporcionalidade há uma relação de subsidiariedade, isto é, somente deve ser realizada a proporcionalidade em sentido estrito depois de consideradas as submáximas da adequação e da necessidade, consecutivamente. Para o constitucionalista, “[...] a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito”. AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002. p. 35-36.

33. ALEXY, Robert. **Nachwort / Postscript** (Texto sem publicação do autor no original), 2000. p. 11 e segs.

condição de obter licença para colocar máquina de venda de cigarros em seus estabelecimentos. Conforme Alexy, a imposição dessa lei, além de ser inadequada ao fim que se destina (proteger o consumidor contra os perigos do tabaco), ofende também o direito fundamental à liberdade profissional do comerciante. A escolha do legislador nesse caso é desproporcional e, por conseguinte, inconstitucional.³⁴

Já a submáxima da necessidade requer que, havendo dois meios adequados a promover determinado princípio, deve ser escolhido aquele que interfira menos intensamente possível a outros princípios que possam ser atingidos. É o caso da Portaria editada pela Administração Pública que proíbe a comercialização de produtos feitos com flocos de arroz, mas vendidos como se fossem de chocolate ao consumidor. Essa norma é desproporcional (ferindo a submáxima da necessidade), porque é possível promover o princípio da proteção ao consumidor ao se utilizar um meio menos invasivo ao princípio da liberdade profissional: simplesmente impor que as embalagens dos produtos venham com um rótulo informativo dos produtos utilizados em sua fabricação.³⁵

Entretanto, Alexy reconhece que é possível existir casos em que um terceiro princípio seja prejudicado pela adoção de um meio menos ofensivo a determinado princípio, hipótese em que os custos seriam inevitáveis. Ainda, também é possível que ocorra colisão entre princípios sem que haja uma regra jurídica predeterminada ao caso concreto, motivo pelo qual se recorre diretamente à submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, tendo em vista que as primeiras duas submáximas somente se aplicam para avaliar a proporcionalidade do meio (regra) utilizado pelo legislador para resguardar determinado direito fundamental.³⁶ Considerando a relação de subsidiariedade entre as três submáximas, nessas duas hipóteses narradas (que não são poucas), a solução deve recorrer à proporcionalidade em sentido estrito.

34. Ibid. p. 15-17.

35. Ibid. p. 17-19.

36. Como esclarece Virgílio Afonso da Silva, “[...] pode ser que dada situação de colisão ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador. Nesses casos, isto é, nos casos em que deve haver uma aplicação direta dos princípios constitucionais ao caso concreto – e esses casos são muito mais raros –, deve, aí, sim – haver apenas um sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis na resolução do caso concreto. A razão é muito simples: se a aplicação da regra da proporcionalidade implica três questões – (a) A medida é adequada para fomentar o objetivo fixado? (b) A medida é necessária? E (c) a medida é proporcional em sentido estrito? –, é mais que óbvio que *deve haver uma medida concreta que será testada*”. AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. op. cit. p. 179.

Na medida em que dois princípios entram em conflito e o impasse não puder ser resolvido por meio da verificação das submáximas da adequação e necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito é acionada e fornece como solução a chamada *lei do sopesamento* (*Abwägungsgesetz*), com a seguinte redação: “[...] quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, maior deverá ser a importância da satisfação do outro”.³⁷

Em outras palavras, a lei do sopesamento consiste em um procedimento dividido em três passos em que, no primeiro, avalia-se o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios; no segundo, determina-se a importância da satisfação do princípio colidente; e no terceiro é analisada se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.³⁸

Com os elementos extraídos da teoria dos princípios e resumidamente transpostos acima já é possível reunir informações suficientes para expor o argumento desse trabalho: a redação do parágrafo 2º do artigo 489 do Código de Processo Civil é incompatível com a teoria dos princípios, teoria pela qual ele próprio foi desenvolvido e positivado na legislação brasileira.

3. OBJEÇÕES À INCORPORAÇÃO DO INSTITUTO DA PONDERAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A teoria dos princípios, seus conceitos e premissas estruturais foram exibidos no tópico anterior. Ainda que não em sua integralidade, as considerações supramencionadas já explicitam satisfatoriamente o argumento deste trabalho. A doutrina jurídica brasileira, grande parte dela entusiasta do trabalho de Alexy e/ou de seus continuadores, teria com a novidade no Código de Processo Civil, mais um motivo para ficar bastante confiante e otimista. Afinal, a ponderação está agora prevista no Direito Positivo.

Mas essa esperança vem respaldada em uma má compreensão da teoria dos princípios de Alexy. Ela não considera detalhes no texto legal que, embora específicos e pontuais, causam enorme repercussão prática e podem comprometer a decisão judicial de modo irreversível. Na sequência mencionaremos quatro críticas pontuais à redação do artigo 489, § 2º do Código de Processo

37. „Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto größer muß die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein“. ALEXY, Robert. **Nachwort / Postscript**. op. cit. p. 21.

38. Ibid. p. 21-22.

Civil, demonstrando detalhadamente as falhas e as razões pelas quais há uma incompatibilidade com a teoria dos princípios de Alexy.

3.1. A COLISÃO ENTRE NORMAS: É POSSÍVEL PONDERAR REGRAS?

Não existe a possibilidade de regras colidirem. Essas, por seu caráter de mandamento de definição, não entram em colisão, mas em conflito. Como veremos com mais detalhes no tópico 3.3, os verbos “colidir” e “conflitar” aqui exercem uma função epistêmica totalmente diferente. Regras e princípios são espécies particulares do gênero “norma jurídica”. Eles se diferenciam qualitativamente, mesmo que possam ser formulados por meio de expressões deônticas clássicas (permissão, ordem e proibição).

As regras se aplicam aos casos concretos recorrendo ao processo clássico de subsunção, que conecta a descrição dos eventos factuais à previsão abstrata do enunciado normativo chegando à conclusão. Os princípios, por sua vez, não detêm esse grau de precisão semântica tão definido como as regras, o que os impossibilita de poder ser aplicados *prima facie* por subsunção. Eles exigem do intérprete que recorra a um procedimento argumentativo para poder determinar o grau de normatividade no caso concreto. Esse procedimento se desenvolve por meio da máxima da proporcionalidade que, em seu interior, materializa-se por meio da lei da ponderação. Por isso a ideia de ponderação pressupõe os princípios com uma natureza totalmente diversa das regras; e por isso que são mandamentos de otimização, de otimizar o seu peso concreto ao se realizar a ponderação. Essa é, no fundo, a razão que efetivamente distingue as duas espécies de norma.

Enquanto mandamentos de definição, as regras se aplicam (ou não se aplicam) ao caso de forma definitiva. Ou a regra jurídica prevista à hipótese será aplicada em sua integralidade substancial ou será afastada (por alguma razão) completamente. Não existe a possibilidade de uma regra ser aplicada “com um peso menor ou maior”, ou em “grau maior ou menor”. Basta pensarmos nas regras de prescrição estipuladas nos artigos 109 e 110 do Código Penal. Não existe uma “meia prescrição”: ou a conduta – ainda que típica, ilícita e culpável – está prescrita ou não está. Não há qualquer ponderação.

No entanto, o legislador emprega indiscriminadamente as duas espécies ao referir, no início do parágrafo, “no caso de colisão de *normas*”. Esse equívoco permitiria que regras sejam ponderadas, o que implicaria, de

imediatamente, a implosão da distinção estrutural entre regras e princípios, entre mandamentos de definição e otimização. Mesmo que autores brasileiros chegaram a defender a possibilidade de colisão entre regras,³⁹ a distinção não faz sentido uma vez que criaria um paradoxo. Lenio Streck⁴⁰ oportunamente indaga qual seria a solução dessa ponderação entre regras: criar-se-ia uma terceira regra advinda da ponderação de duas regras anteriores? Uma regra da(s) regra(s)? E qual a racionalidade em criar um procedimento que permite flexibilizar as próprias regras se, afinal, qualquer delas pode ser a qualquer tempo ponderada com outra?

Além disso, se levarmos essa possibilidade a suas últimas consequências, a ponderação de regras permitir que o próprio artigo 489, § 2º fosse ponderado com outro dispositivo do mesmo (ou até de outro) Código. *Ad argumentandum tantum*, essa hipótese levaria à possibilidade de que o próprio parágrafo 2º obtivesse, em determinada ponderação, um peso inferior que aquele da regra com a qual colidiria. Ou seja, a própria regra que institui a ponderação receberia um peso inferior em relação àquela com a qual colide e o resultado seria sua própria negação: o afastamento da ponderação.

Esse problema, por si só, já seria suficiente para demonstrar a impossibilidade da manutenção do dispositivo no Código de Processo Civil. Ainda assim, nos tópicos seguintes demonstraremos outros problemas que reforçam a problemática da ponderação.

3.2. O DESCONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE SUBSIDIARIEDADE ENTRE AS SUBMÁXIMAS

Ainda que o trecho do artigo em que se diz que “o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada” pareça autossuficiente e de certa forma irretocável, ele esconde um problema central e poucas vezes percebido pela doutrina jurídica em geral. A ponderação se manifesta, na teoria de Alexy, em uma etapa determinada do seu processo metodológico. Não basta constatar que a regra é por alguma razão insuficiente para resolver o caso para se realizar a ponderação.

Constatado um caso em que há uma colisão entre princípios, o critério

39. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 277-279.

40. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 599.

pelo qual se determina o resultado do litígio passa pela máxima da proporcionalidade. Esse parâmetro é dividido internamente em três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Até esse aspecto a doutrina brasileira em geral não tem obtido grandes dificuldades. No entanto, o que não se percebe é o cuidado para avaliar qual a relação que se estabelece entre essas três submáximas. Trata-se de uma relação de subsidiariedade. Assim esclarece Virgílio Afonso da Silva:⁴¹

A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos [35] casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Apenas na última etapa do procedimento – quando o caso não puder ser resolvido com as duas primeiras submáximas – surge a lei da ponderação. Trata-se de uma espécie de ultima ratio epistêmica dentro da máxima da proporcionalidade. Isso significa que, ao invés de justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, o juiz deveria, “*justificar, caso não obtenha êxito na análise das premissas fáticas por meio do exame da adequação e da necessidade, as premissas jurídicas da ponderação efetuada*”.

No modo como o dispositivo legal está escrito, corre-se o risco de supressão de instâncias epistêmicas imprescindíveis para a avaliação do caso concreto. Sob o olhar do artigo, basta que se identifique princípios em colisão para se recorrer à ponderação, desconsiderando as submáximas anteriores – da adequação e da necessidade, responsáveis por avaliar a relação entre meios e fins empregados pelo legislador e sua compatibilidade com a Constituição.

41. AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002. p. 35-36.

3.3. A CONFUSÃO ENTRE AS DIMENSÕES DA VALIDADE E DO PESO

O dispositivo delimita os aspectos pelos quais o juiz está vinculado a fundamentar sua decisão em caso de colisões. No entanto, vimos que essas colisões só podem ocorrer entre um tipo específico de norma: os princípios. O parágrafo segue ao referir que o juiz está obrigado a enunciar “as razões que autorizam a interferência na norma afastada”. O equívoco está justamente no final dessa oração.

Os princípios são entendidos como mandamentos de otimização não por acaso. Diferentemente das regras, os princípios operam na dimensão do peso, justamente porque podem receber, conforme a ponderação efetuada, graus de afetação e de satisfação diferentes. Uma das consequências importantes desse procedimento é que mesmo o princípio que termina prejudicado em face daquele com o qual colide ainda permanece válido. Princípios não perdem sua validade por receber pesos inferiores a outros em ponderações determinadas. Isso significa que a norma (no caso, o princípio) não é jamais afastada. O princípio da liberdade de expressão pode receber peso inferior ao da proteção da personalidade,⁴² por exemplo, mas continua válido e seu status constitucional intocável. Isso não impede inclusive que, em caso concreto posterior no qual estão presentes outras circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, esses dois princípios venham a colidir e o resultado se incline à posição oposta.⁴³

Essa variabilidade que a teoria dos princípios abre ao julgador para atribuir pesos distintos – prática reiterada do Supremo Tribunal Federal⁴⁴ – ao mesmo tempo que mantém a validade do princípio intacta demonstra a

42. No polêmico caso *Ellwanger*, o Supremo Tribunal Federal considerou que a publicação e a divulgação de obra com conteúdo antissemita não encontram proteção jurídica. Para fundamentar sua decisão, os Ministros utilizaram a ponderação entre o princípio da liberdade de expressão colidindo com a proteção da personalidade, que por sua vez sustenta os tipos penais que vedam ofensas à honra. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Habeas Corpus n.º 82.424/RS**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em 27 ago. 2017.

43. É o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.815 ajuizada pela ANEL (Associação Nacional dos Editores de Livros). A ação pretende, via controle abstrato, declarar a inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil que proíbe a divulgação, transmissão produção, publicação exposição ou utilização de escritos, palavras ou imagens de pessoa biografada sem o seu consentimento prévio. Ao realizar uma ponderação entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção da honra, imagem e intimidade, o STF julgou, por unanimidade, procedente o pedido. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.815**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em 27 ago. 2017.

44. Em recente pesquisa, Fausto Santos de Moraes analisa no período de 2002 a 2012 todos os acórdãos em que o Supremo Tribunal Federal refere a “proporcionalidade” ou a “ponderação” para resolver as controvérsias jurídicas. Nenhum dos 289 casos investigados respeita as exigências da teoria discursiva de Alexy. Cf. MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivim, 2016. *Passim*.

impossibilidade de seu afastamento do sistema jurídico. Apenas regras podem ser extirpadas, pois essas sim operam na dimensão da validade. Como mandamentos de definição, duas regras antagônicas exigem que uma delas seja eliminada do ordenamento, sob pena de incompatibilidade lógica entre os modalizadores deônticos (proibido, permitido e obrigatório).

Nesse ponto, o parágrafo peca ao confundir os níveis da validade e do peso que correspondem ao *standard* de operacionabilidade das regras e dos princípios. Apenas regras podem ser afastadas e a sua negação – como dá a entender pela redação legal – novamente pressuporia a possibilidade de colisão entre elas, o que, como vimos, assenta-se sobre uma má compreensão da teoria de Alexy.

3.4. O ESQUECIMENTO DA JUSTIFICAÇÃO DAS PREMISSAS JURÍDICAS

O parágrafo encerra referindo as “premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Não é preciso muito esforço imaginativo para levantar a pergunta sobre as premissas jurídicas no texto legal. Esse esquecimento – ainda que possa ser justificado por alguma razão específica – implica em outro problema para a teoria dos princípios de Alexy.

Como referido no tópico 3.2., a lei da ponderação apenas surge na terceira etapa da máxima da proporcionalidade, como terceira e última fase de um procedimento no qual exige antes que o intérprete avalie a adequação e a necessidade da medida questionada. Essa relação de subsidiariedade se dá pelo fato de que nas primeiras duas submáximas o que está sob avaliação são as premissas fáticas, não as jurídicas.

Dito de outra forma, a proporcionalidade em sentido estrito – que manifesta a famosa lei da ponderação – é a etapa responsável por avaliar as premissas jurídicas, e não as fáticas, que ficam reservadas à adequação e necessidade. Ou seja, o parágrafo segundo inverte o objeto de avaliação ao vincular as premissas fáticas à ponderação. Ao contrário do dispositivo legal brasileiro, a lei da ponderação se manifesta em Alexy justamente como elemento que transcende a avaliação factual das duas primeiras submáximas.

Além disso, importa referir que o resultado final da ponderação efetuada – independente de qual etapa da proporcionalidade ele seja encontrado – será uma norma de direito fundamental atribuída/associada (*zugeordnete Grundrechtsnorm*) cujo caráter é de regra e assim se aplica por

subsunção. Ou seja, se o parágrafo 2º realmente for aplicado estará invertendo a estrutura hierárquica escalonada do Direito. Como uma regra prevista em lei nacional, portanto, com status infraconstitucional, poderá determinar como se aplicam as normas constitucionais de hierarquicamente superiores? Desse modo, ela, enquanto regra infraconstitucional, não estaria criando uma espécie de imunidade epistêmica ao controle de constitucionalidade?

Diante de todos esses problemas, o artigo 489, § 2º do Código de Processo Civil deveria ser reformado de tal forma para se harmonizar com a teoria dos princípios que merecia uma redação praticamente nova. Compare-se:

§ 2º. No caso de colisão entre princípios, o juiz deve justificar, caso não obtenha êxito na análise das premissas fáticas por meio do exame da adequação e da necessidade, as premissas jurídicas da ponderação efetuada, enunciando as razões que sustentam o peso da afetação e da importância da satisfação que fundamentam a norma de direito fundamental atribuída.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentamos, na primeira parte da exposição, as influências da teoria dos princípios de Robert Alexy na elaboração do artigo 489, § 2º do Código de Processo Civil, seguindo com a demonstração de sua ampla recepção pela doutrina constitucional brasileira. De forma praticamente unânime, no Brasil a metodologia para a interpretação e aplicação das normas constitucionais se resguarda à teoria de Alexy, na qual o instituto da ponderação/sopesamento é um de seus principais alicerces.

Na sequência, demonstramos sinteticamente a teoria dos princípios de Robert Alexy, dando enfoque especial aos aspectos que foram escolhidos pelo legislador para serem introduzidos na formulação do artigo 489, § 2º do Código de Processo Civil. Nesse tópico, percebe-se que a ponderação não pode ser explicada de forma isolada e afastada de outros conceitos imprescindíveis, não apenas para entender o seu significado, mas para a própria estrutura da teoria dos princípios.

Entretanto, é possível constatar diversos problemas na redação do dispositivo legal mencionado se tomarmos por base a teoria de Alexy. A comparação dos conceitos empregados e o seu desenvolvimento prático fielmente interpretado tornam o parágrafo 2º do artigo 489 totalmente incompatível com a teoria que lhe dá sustentação. O tamanho do descompasso impede inclusive

que o dispositivo se adeque à teoria de Alexy por meio de alguma técnica interpretativa como a interpretação conforme a Constituição ou a nulidade parcial sem redução de texto.

Em outras palavras, não é possível harmonizar o parágrafo 2º do artigo 489 com a teoria dos princípios de Alexy na medida em que a quantidade e a intensidade dos problemas nele contido fazem com que apenas uma nova formulação – praticamente integral – do texto possibilite esse empreendimento. Não se trata de nenhuma implicação com o Código. Quando se está tratando da fundamentação das decisões – em especial, da sentença judicial –, os mínimos detalhes passam a fazer enorme diferença (ou prejuízo) na prática judiciária.

Aliás, na medida em que o Código faz essa (equivocada) incorporação, pelos motivos acima mencionados, ainda restaria indagar como uma regra infraconstitucional – no caso, o art. 489, § 2º – poderia determinar como se estabelecem colisões entre direito fundamentais, isto é, direitos com status constitucional? A própria estrutura escalonada clássica do Direito estaria ameaçada. Na verdade, o artigo a estaria colocando “de cabeça para baixo” ao estabelecer que a metodologia para interpretação das normas constitucionais seja feita justamente por uma regra jurídica de nível hierárquico inferior.

Se a teoria dos princípios correta e integralmente compreendida é objeto de diversas críticas tanto pela doutrina brasileira quanto pela alemã, uma recepção equivocada dela apenas aumentaria os problemas interpretativos do Direito. No final das contas, as vozes que endossam a incorporação da ponderação no Direito Brasileiro, esperando assim intensificação e sofisticação na fundamentação das decisões judiciais, não fazem outra coisa senão caminhar na direção contrária àquela que idealizam.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Nachwort / Postscript* (Texto sem publicação do autor no original), 2000.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien: die unterscheidung von prima facie Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº. 4.815*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em 27 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº. 82.424/RS*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em 27 ago. 2017.

BRASIL. *Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em 27 ago. 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMPOS, Ricardo (Org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto Gra; DA CUNHA, Sérgio Sêrvulo (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 231-243.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. *Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy*. Salvador: Juspodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JANSEN, Nils. Die normativen Grundlagen rationale Abwägens im Recht. In: SIECKMANN, Jan-Reinard (Org.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 39-57.

KALSCHUEER, Fiete. Kants Theorie der Abwägung. *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie*, v. 1, n. 99, pp. 499 – 505, 2013.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

SARLET, Ingo Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Sieckmann, Jan-Reinard. Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêuticas e teorias discursivas.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

O (LIVRE) CONVENCIMENTO MOTIVADO E O INDISSOCIÁVEL DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA – BASE PARA A LEGITIMIDADE DOS PROVIMENTOS

Maurício Ferreira Cunha¹

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Cognição e (livre) convencimento motivado 3. O processo a partir do Estado Democrático de Direito: necessária vinculação como decorrência da leitura do texto constitucional 4. A argumentação discursiva pelo contraditório (evolução do conceito de processo) e o direito fundamental à prova 5. Legitimidade dos provimentos e fundamentação racional 5.1 Adequabilidade ao ordenamento pátrio e formato de construção do provimento 5.2 A colaboração na atividade instrutória: processo cooperativo como premissa básica 5.3 O texto positivamente constitucionalizado (princípios) alicerçando a racionalidade do provimento (legalidade estrita). Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O flagrante desapareço pelo teor do ordenamento constitucional, há tempos, vem se caracterizando como algo aparentemente normal na comunidade jurídica, situação que somente reforça a desestabilização dos ideais da essência democrática. Desprezam-se conquistas históricas e relegam-se ao plano secundário a base principiológica de interpretação e de aplicação da lei, proliferando as sensações de comodismo e de aceitação dos padrões de ilegalidade e de insurgência, como se um direito fundamental pudesse ser desrespeitado impunemente, sem consequências nefastas à viabilidade das relações jurídicas.

Imprescindível se revela, portanto, a construção de um pensamento que esteja assentado, acima de tudo, no acatamento irrestrito da principiológica constitucional democrática.

O presente texto tem o escopo de trazer uma singela contribuição no

1. Juiz de Direito (TJMG). Mestre (PUC/Campinas) e Doutor (PUC/Minas) em Direito Processual Civil. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação (PUC/Minas). Professor do CERS (Complexo de Ensino Renato Saraiva). Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Membro do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo). Membro da ABDPRO (Associação Brasileira de Direito Processual).