



**FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE
UBÁ FACULDADE DE DIREITO
2020**

**ANÁLISE SOBRE O ARTIGO 489, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
A PONDERAÇÃO EM CASOS DE COLISÃO DE NORMAS SOB O ENFOQUE DA
TEORIA DE ROBERT ALEXY**

RODRIGO MARTINS DE FREITAS – martinsdefreitas.06@gmail.com

ALEXANDRE RIBEIRO DA SILVA – alexandreriibeiroadv@gmail.com

RESUMO

O presente artigo cuida da análise da reforma trazida pela Lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil), seus avanços e, especialmente, o §2º do artigo 489 do Código de Processo Civil e sua possível incorreção em possibilitar ao Magistrado a utilização da ponderação – ainda que sem delimitar os seus parâmetros – em casos de colisão de normas. Para tanto, analisar-se-á a distinção entre regras e princípios, a técnica adequada a ser utilizada pelo intérprete em cada uma das espécies do gênero norma, os processos da técnica da subsunção e da ponderação, utilizando-se como marco teórico o *jus* filósofo alemão Robert Alexy e sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”. A partir de tais análises, verificar-se-á a falta de técnica do legislador na redação do artigo 489, §2º do CPC e o perigo causado pela mencionada incorreção, qual seja, possibilitar ao Magistrado a utilização da técnica da ponderação à sua própria maneira, não delimitando seus parâmetros e em qual espécie se poderá realizar. O erro verificado encaminha o artigo para uma inconstitucionalidade material frente ao dever de fundamentação das decisões judiciais previsto no artigo 93, IX da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo 489, §2º do Código de Processo Civil. Ponderação. Norma. Colisão. Robert Alexy.

ABSTRACT: This article deals with the analysis of the reform brought by Law 13.105/15 (New Code of Civil Procedure), its advances and, especially, paragraph 2 of article 489 of the Code of Civil Procedure and its possible inaccuracy in enabling the magistrate to weighting - even without defining its parameters - in cases of collision of standards. For this purpose, the distinction between rules and principles will be analyzed, the appropriate technique to be used by the interpreter in each of the species of the standard genus, the processes of the subsumption and weighting technique, using the *jus* as a theoretical framework, German philosopher Robert Alexy and his work “Theory of Fundamental Rights”. Based on such analyzes, there will be a lack of technical expertise by the legislator in drafting Article 489, §2 of the CPC and the danger caused by the aforementioned error, that is, enabling the Magistrate to use the weighting technique at his own way, not delimiting its parameters and in which species it can be realized.

The verified error leads the article to a material unconstitutionality in view of the duty to justify the judicial decisions provided for in article 93, IX of the Federal Constitution.

KEYWORDS: Article 489, Paragraph 2 of the Code of Civil Procedure. Weighting. Standard. Collision. Robert Alexy.

INTRODUÇÃO

Com o advento da reforma do Código de Processo Civil, introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei 13.105/15 – o que se convencionou chamar de “Novo Código de Processo Civil” – verifica-se uma substancial modificação das normas processuais até então vigentes em solo brasileiro.

Em especial, verificaram-se grandes avanços quanto aos caminhos que devem percorrer o Magistrado para que sua decisão (seja interlocutória ou de mérito) alcance a validade jurídica e racionalidade esperada – tal qual a mitigação do conhecido “livre convencimento motivado”.

No entanto, em que pesem os avanços alcançados pela inovação legal, verifica-se, especificamente quanto ao disposto no artigo 489, §2º do CPC, uma grande problemática no que se refere à aferição de racionalidade e validade jurídica das decisões do Magistrado, na medida em que se possibilitou ao Juiz a utilização, ainda que motivadamente, da ponderação entre “normas conflitantes” como meio de resolução da celeuma.

No decorrer do artigo explorar-se-á a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma e as diferentes técnicas de aplicação para ambas as espécies.

Com estas premissas, analisar-se-á a (in)correção dos parâmetros estabelecidos pelo artigo 489, §2º do CPC e a (im)possibilidade de utilização de técnicas iguais para espécies distintas.

Para tanto, valer-se-á de pesquisa bibliográfica como método científico, tais como livros, artigos, dados extraídos de sítios eletrônicos e a legislação brasileira relacionada ao tema, contrapondo-se os termos do artigo palco da problemática (artigo 489, §2º do CPC) com os ensinamentos e balizas estabelecidas pela teoria do *Jus* filósofo alemão Robert Alexy, construindo-se o referencial teórico a partir do método dedutivo de produção de conhecimento.

1. A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS COMO ESPÉCIES DO

GÊNERO NORMAS

Primeiramente, para o avanço da discussão, faz-se necessária a diferenciação entre regras e princípios. Regras e princípios são espécies do gênero norma. Neste sentido,

Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (ALEXY, 2006, p. 87).

Regras são comandos imperativos que autorizam ou proíbem algo em instância definitiva. A técnica de aplicação da regra, portanto, é a subsunção, onde utiliza-se o encaixe do caso concreto nos termos definidos pela regra, avaliando-se se a ação é ilegal (não constitui o que determina a regra) ou legal (encaixa-se perfeitamente na regra). Nesse sentido:

Regras são normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva. Nesse sentido, elas são comandos definitivos. A forma de sua aplicação é a subsunção. Quando uma regra é válida é comandado fazer exatamente aquilo que ela exige. Se isso é feito, a regra é cumprida; se isso não é feito, a regra não é cumprida. Assim, regras são normas que sempre podem somente ser cumpridas ou descumpridas. (TRIVISONNO, 2008, p. 146).

Portanto, regra proíbe ou permite alguma determinada situação. No exemplo penal, em se aplicando a subsunção direta da regra ao caso concreto do agente, têm-se o cometimento ou não do crime, não havendo que se falar em “meio crime”.

O professor Lenio Streck, citando Robert Alexy, e, no ponto, também Dworkin, assinala que:

ou a regra é válida e, então, se deveriam aceitar os seus efeitos jurídicos, ou a regra não é válida e, por isso, não fundamenta nem pode exigir qualquer consequência jurídica (STRECK, 2016, p. 681-692).

Diferentemente, os princípios são “comandos de otimização”, o que significa dizer que podem ser cumpridos em diferentes graus de automação. Por terem diferentes graus de cumprimento – sendo que o princípio pode ser “meio cumprido” – verifica-se a possibilidade fática e jurídica de existir conflitos entre eles.

Segundo Robert Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2006, p. 90).

Neste ponto em especial, visando já antecipar possíveis críticas ao presente artigo e a utilização de marco teórico alemão, destaca-se que a Suprema Corte brasileira vem rotineiramente utilizando Alexy em suas decisões que envolvem julgamento por princípios. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, em seu Voto no julgamento da ADI 3.112/DF, cita a obra “Epílogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales” de Rober Alexy. Cita-se parte do Voto:

[...] Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*ubermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (*canaris*) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção [...] (ADI 3112, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538).

No mesmo sentido o Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do HC 126.292, onde faz menção ao livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, obra que ora se utiliza como centro teórico do presente artigo:

[...] Já os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam “estados ideais”. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “mandados de otimização”, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação, tendo como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade [...] (HC 126292, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118).

Exemplificando sobre a aplicabilidade, o julgador pode se deparar com um caso em que – na ausência de disposição legal – haja conflito entre os princípios da liberdade e da vida. Neste cenário, evidentemente, o Magistrado não deve aplicar a “subsunção cega” e escolher um dos princípios e vedar a incidência do outro, o que ocasionaria a supressão da liberdade ou, pior, da vida de um indivíduo.

Portanto, regras e princípios atraem diferentes regras de aplicação (resolução), sendo também exigíveis técnicas diferentes de resoluções de seus conflitos. É o que se passará a analisar.

2. A DISTINTA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS CONFORME ALEXY

Ora, por primeiro, importante aventar que o ordenamento jurídico pátrio já detém sistemas de resolução de conflitos entre regras – as chamadas antinomias –, ou seja, qual solução deverá se aplicar caso uma regra (lei) seja incompatível com outra já vigente. Segundo Norberto Bobbio, antinomia é

aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento. (BOBBIO, 1995, p. 86.).

Notadamente, tratam-se dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade.

O critério cronológico, ou da temporariedade, esclarece que prevalece a lei posterior sobre a anterior. Nesse sentido, havendo inovação legal sobre a matéria, têm-se como revogada a legislação anterior que disciplina a mesma questão. Um exemplo da aplicação do critério cronológico é a promulgação da própria lei que institui o “Novo Código de Processo Civil”, a qual, em seu artigo 1.072 tratou de revogar, expressamente, diversas leis:

Art. 1.072. Revogam-se: (Vigência)

I – o art. 22 do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937;

II – os arts. 227, caput, 229, 230, 456, 1.482, 1.483 e 1.768 a 1.773 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);

III – os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950;

IV – os arts. 13 a 18, 26 a 29 e 38 da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990;

V – os arts. 16 a 18 da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968; e

VI – o art. 98, § 4º, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Por sua vez, o critério hierárquico está ligado à hierarquização do sistema legal brasileiro – tal qual definiu Kelsen – na medida em que a lei situada em grau superior detém preponderância em relação à situada em patamar inferior.

Um exemplo da aplicação do critério hierárquico é a declaração de inconstitucionalidade de leis infra-constitucionais que contrariem a Constituição da República, seja formal ou materialmente. Uma Resolução expedida por uma Câmara de Vereadores que institui a entrada ordinária no serviço público legislativo por meio de contratação direta contraria a Constituição Federal no que tange à regra do concurso público como meio de ingresso na função pública.

Finalmente, o critério da especialidade determina que em se havendo duas regras distintas sobre o mesmo tema, deve-se prevalecer aquela que tratar especificamente da questão em detrimento de outra constante em regramento geral. Exemplificando, em se havendo disciplinado determinada matéria no Código de Processo Civil e, concomitantemente, no Código de Defesa do Consumidor, deve-se prevalecer a lei especial (CDC) em prejuízo à lei geral (CPC).

Registre-se, por oportuno, que a antinomia, ou seja, a resolução de conflitos de leis no ordenamento, deve ser realizada pelo Poder Legislativo, pois, como se sabe, o Judiciário não pode, por si, excluir norma do ordenamento, salvo os casos de controle concentrado (o que torna ainda mais completo o método já existente de resolução de colisão entre regras).

Por certo, como também já mencionado, assim como existem diferentes métodos de aplicação entre regras e princípios – sendo que para apenas um é adequada a técnica da pura e simples subsunção (encaixe do fato na regra imperativa) – fato é que também a técnica para a resolução de conflitos entre princípios é diversa dos critérios apresentados em relação às regras.

Seguindo o marco teórico adotado para o presente artigo, têm-se como correta a utilização da técnica da ponderação para a resolução de conflitos entre princípios. Alexy, após uma explanação minuciosa de sua teoria, estabelece os parâmetros a serem seguidos a fim de permitir o sopesamento entre princípios que se conflitam. Após o seguimento dos parâmetros estabelecidos pelo autor, o intérprete chega ao que denominou-se de “norma de direito fundamental atribuída” (*zugeordnete grundrechtsnorm*), podendo-se valer, a partir daí, da subsuntividade para o caso concreto.

Citando-se novamente o professor Lenio Streck:

A *Abwägung* (sopesamento-ponderação), por intimédio da qual Alexy chamará de máxima da proporcionalidade, será o modo que o autor encontrará para resolver os

conflitos jurídicos em que há colisão de princípios [atenção: *Alexy fala de colisão de princípios e não, genericamente, de normas*], resultando em um procedimento composto por três etapas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Enquanto as duas primeiras etapas se encarregam de esclarecer as possibilidades fáticas, a última será responsável pela solução das possibilidades jurídicas do conflito, recebendo do autor o nome de lei do sopesamento (ou da ponderação), que tem a seguinte redação: “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. (STRECK, 2016, p. 681-692).

Portanto, em síntese, Alexy estabelece três etapas para o procedimento de utilização da ponderação, sendo elas (i) a adequação, (ii) a necessidade e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito.

Sempre recorrendo ao simbolismo lógico como meio de atribuir segurança e validade jurídicas, Robert Alexy elabora a “fórmula do peso”, método que representa a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, e, através dela, permite ao intérprete a inferência de graus de intervenção e importância (leve, moderado ou sério-forte) a cada um dos princípios em conflito, com a finalidade de estabelecer qual irá prevalecer. Com a aplicação da “fórmula do peso” se obtêm uma resposta denominada “norma de direito fundamental atribuída” (*zugeordnete grundrechtsnorm*), que, basicamente, poderá ser utilizada subsuntivamente ao caso concreto em análise.

O autor assim define:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos - caso sejam aplicáveis - é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2006, p. 117-118).

Em resumo, Alexy estabelece uma verdadeira equação lógica para transformar a difícil tarefa de ponderar princípios conflitantes em simples utilização da fórmula objetiva subsuntiva, ou seja, encaixe do fato à regra. Importante salientar que, em Alexy, sempre haverá subsunção, sendo que o autor ressalta, apenas, que em direitos fundamentais não há a possibilidade lógica de se refinar ao ponto de excluir todo e qualquer impasse, de modo que

há que se falar, ainda que de forma reservada, em certa discricionariedade interpretativa do Judiciário e/ou do Legislativo para se chegar ao resultado do impasse.

Alcança-se, portanto, a problemática pertinente ao estudo. Conforme demonstrado às técnicas utilizáveis para a resolução de conflitos entre regras e princípios são tão distintas, quanto os próprios institutos em si. A redação do § 2º artigo 489 do CPC traz a “solução” para os conflitos entre normas, em aberto, sem distinguir – como deveria – as espécies do gênero norma (regra e princípio). E, ademais, caso o entendimento do texto legal fosse de equiparação de normas a somente princípios, peca também em não enfrentar a complexa questão da aplicação da ponderação demonstrada. É o que se passará a demonstrar.

3. A COLISÃO DE NORMAS PREVISTA NO ARTIGO 489 DO CPC

Primeiramente, verifica-se inequívoco avanço na imposição de racionalidade e validade jurídica com a redação do artigo 489 do CPC, ocupante do capítulo “Dos elementos e dos Efeitos da Sentença”. Vê-se que o legislador tratou de mitigar o famoso brocado “livre convencimento motivado”, impondo que o Magistrado obedeça os comandos (elementos) do supracitado dispositivo – sob pena de incorrer em omissão (artigo 1.022, parágrafo único, II do CPC) – para que se obtenha a validade da decisão prolatada. Por relevante, cita-se a integralidade do artigo 489:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

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

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

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

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

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

O parágrafo primeiro, em especial, traz as vedações, ou seja, os vícios de fundamentação que não devem ocorrer em qualquer decisão judicial, sendo eles (i) a reprodução/paráfrase de ato normativo sem correlação com o tema decidido, (ii) o emprego de conceitos jurídicos abstratos, (iii) a invocação de motivos que justificariam decisão diversa da que ora se prolata, (iv) deixar de enfrentar argumento deduzido por algumas das partes que, em tese, possa infirmar a conclusão alcançada, (v) a invocação de precedentes não correlacionados com o caso e (vi) deixar de seguir precedente invocado pela parte sem demonstrar a superação do entendimento ou sua distinção com o caso concreto.

Até aí, como mencionado, o legislador trouxe grandes avanços para o texto legal processualista, impondo ao Juiz o dever de enfrentar as teses postas no processo e de fundamentar a seu acolhimento/afastamento, além de vedar a aplicação de conceitos jurídicos abstratos e sem relação com o tema tratado no feito. Sem dúvidas, grandes avanços.

Porém, a problemática reside adiante, ou seja, em seu parágrafo segundo, que, por pertinência, repete-se transcrição:

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

Em interpretação literal, convencionou-se que o Magistrado deva justificar “o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada”, em caso de colisão entre normas.

No texto do mencionado dispositivo, o legislador externou a expressão “colisão entre normas”, sendo que norma é gênero das espécies regras e princípios. Assim, pela redação indeterminante do artigo, o dispositivo legal acaba por inserir – na contramão da bela inovação legal trazida pela Lei 13.105/15 – grande retrocesso na segurança jurídica ao deixar em aberto a questão sem distinguir as espécies do gênero norma (regra e princípio), e, ademais, sem enfrentar a complexa questão da aplicação da ponderação, o que definitivamente não se alcança com os parâmetros estabelecidos pelo mencionado §2º.

Pelas explanações estabelecidas no capítulo anterior, por exclusão, fica evidente que o texto não trata da resolução de conflitos entre regras, uma vez que o ordenamento já adota os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade nestes casos.

Por pertinente, cita-se novamente trecho da já citada obra do professor Lenio Streck:

O primeiro modo, que advém da vulgata que se fez da teoria alexyana no Brasil, limita-se a referir que a ponderação seria uma escolha do argumento que terá maior relevância para ser aplicado ao caso, e, assim, no caso do art. 489, §2.º, do CPC, simplesmente se escolheria qual das regras seria afastada em face dessa “ponderação” (sic). Esse, evidentemente, não é o caminho mais adequado para interpretar esse dispositivo. (STRECK, 2016, p. 681-692).

Conclui-se, portanto, que a menção do gênero “norma” no texto do artigo 489, §2º do CPC, e sua forma de resolução por meio da ponderação em caso de conflitos, não está direcionada – ao menos que se sugira que o legislador errou com “dolo” – à espécie regras (lei), pois, como delineado, já existem critérios definidos no ordenamento brasileiro para a resolução desta celeuma.

Porém, de outro norte, não se pode concluir pelo direcionamento do termo “norma” para a espécie princípios, ou, pelo menos, não de maneira acertada pelo legislador legal, pois uma questão tão complexa de ponderação entre princípios apelaria para a construção de um silogismo lógico mínimo, com parâmetros básicos de racionalização para a adoção de “critérios gerais de ponderação” conforme exposto no parágrafo 2º.

Volvendo ao artigo 489, §2º, pode-se verificar que o legislador estabeleceu que o juiz *“deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”*. O texto legal, no entanto – e em dissonância com os parâmetros objetivos e bem estabelecidos pelo §1º do artigo 489 – lança mão de conceitos abstratos para impor ao Magistrado o dever de justificação da realização da ponderação, tais como “justificação do objeto e critérios gerais”, “enunciação de premissas fáticas” e “exposição das razões que autorizam a interferência na norma afastada”.

O que seria justificação do objeto e critérios gerais? Aliás, calha destacar que este termo, pela vagueza e consequente generalidade interpretativa, acaba por trazer de volta ao ordenamento jurídico o brocado “livre convencimento motivado”, situação que a própria inovação legal lutou por mitigar.

Outro equívoco é o termo “premissas fáticas que fundamentam a conclusão”, dando a entender que o Juiz pudesse primeiro concluir para depois fundamentar, confessando-se que o julgador é livre para decidir e que a fundamentação apenas orbita a conclusão tomada, sendo que, em lado oposto, o Magistrado deve, primeiro, fundamentar e, após, concluir a partir da fundamentação utilizada.

Por certo não se adotaria, ao menos não com correção, a técnica de ponderação

alexiana anteriormente apresentada. Não sem, ao menos, explorar as etapas estabelecidas por Alexy para utilização da ponderação, sendo elas (i) a adequação, (ii) a necessidade e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, o que não pode ser resumido pelo sucinto texto do já multicitado parágrafo 2º.

Com tais premissas, é patente a incorreção e/ou subjetividade do artigo 489, §2º do CPC, pois, além de não distinguir regras de princípios, atribui técnica genérica, sem parâmetros, da ponderação para resolução de “normas conflitantes”, o que impõe a decisão ao subjetivismo do magistrado, justamente o que o texto legal pretende afastar.

CONCLUSÃO

A proposta deste trabalho era analisar o artigo 489, §2º do Código de Processo Civil, sendo utilizado como marco teórico o *jus* filósofo alemão Robert Alexy, verificando a sua viabilidade na prática.

Distinguiu-se, de início, regras de princípios como espécies do gênero norma, explanando brevemente a pertinência do marco teórico utilizado.

A partir daí, passou-se a explicar a distinção entre as técnicas de resolução (aplicação) entre princípios e regras, buscando-se evidenciar a chamada antinomia como parâmetro de resolução entre leis conflitantes e a teoria alexiana acerca da técnica da ponderação na resolução de princípios que se conflitam. Demonstrou-se a impossibilidade de utilização da técnica da ponderação para a resolução de conflitos entre regras, pois regras (leis) são comandos imperativos que autorizam ou proíbem algo em instância definitiva, sendo que a técnica de aplicação correlata é a subsunção, ou seja, aplicação do caso concreto ao preceito legal, avaliando-se se a ação é ilegal (não constitui o que determina a regra) ou legal (encaixa-se perfeitamente na regra). Quanto aos princípios, demonstrou-se a correção, segundo a teoria de Robert Alexy, da utilização da ponderação – ou, como definiu o autor, máxima da proporcionalidade – como técnica de resolução de conflitos entre princípios, valendo-se o intérprete das três etapas para o procedimento, sendo elas (i) a adequação, (ii) a necessidade e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito. Com a aplicação das etapas, chega-se à denominada “norma de direito fundamental atribuída” (*zugeordnete grundrechtsnorm*), que deverá ser utilizada subsuntivamente ao caso concreto em análise.

No terceiro capítulo, com o estabelecimento das premissas do artigo, passou-se à analisar o artigo 489 do CPC, demonstrando-se, de forma breve, o acerto do legislador.

Aprofundou-se na análise do §2º do mencionado dispositivo, ponto central da problemática. A partir das conclusões alcançadas, demonstrou-se a total confusão estabelecida pelo legislador com o texto do artigo 489, §2º do CPC, ao estabelecer parâmetros tão irrisórios, vagos e abstratos para a aplicação de uma técnica tão sofisticada e complexa como a ponderação, que depende, ainda – embora já se sugestione a teoria estabelecida por Alexy como um ótimo marco – do esgotamento de um debate teórico.

Neste ponto, é importante salientar que não se está, nem ao longe, aprofundando-se no rigoroso e minucioso trabalho desenvolvido por Robert Alexy na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, o que, por certo, fugiria aos estreitos objetivos do presente artigo. Aliás, de igual forma, e por não se encaixar no propósito do presente artigo, não se está descartando as críticas à ponderação de Alexy, o que se reserva a outro trabalho a ser desenvolvido futuramente.

Em resumo, conclui-se que o §2º do artigo 489, ao ignorar que a ponderação é uma técnica complexa e sofisticada, cujo procedimento deve ser rigorosamente observado para fins de aumentar o grau de racionalidade das decisões judiciais, segue na direção oposta dos parâmetros de controle da fundamentação dos atos decisórios instituídos pelo §1º do mesmo artigo.

O legislador não cuidou, minimamente que seja, de estabelecer parâmetros objetivos e efetivos para a resolução da problemática, seja utilizando a sofisticada e rigorosa teoria discursiva desenvolvida por Robert Alexy, seja enunciando parâmetros que retirem a possibilidade de transformar o direito brasileiro em “loteria”, onde cada julgador escolhe o método a ser aplicado para resolução de “conflitos entre normas”.

Uma conclusão é certa: o artigo 489, §2º do Código de Processo Civil, na redação em que se encontra, não pode ser utilizado como técnica válida a resolver a problemática (ponderação de normas), sendo válido afirmar, inclusive, que se encaminha para a declaração de inconstitucionalidade, notadamente por afrontar materialmente o dever de fundamentação das decisões judiciais estabelecidos pelo artigo 93, IX da Constituição da República.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIA

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 21 de junho de 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 21 de junho de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **Teoria Discursiva do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

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

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.112/DF.** Requerentes: Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, Partido Democrático Trabalhista – PDT, ANPCA – Associação Nacional dos Proprietários e Comerciantes de Armas, Confederação Nacional Dos Vigilantes, Empregados em Empresas de Segurança, Vigilância e Transportes de Valores e dos Cursos de Formação e especialização de Vigilantes, Prestação de Serviços Similares e Seus Anexos e Afins – CNTV – PS, Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal – ADPF e Confederação Nacional do Comércio – CNC. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 05 de maio de 2007. Diário da Justiça, Brasília-DF, 26 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2194197>>. Acesso em: 01º de novembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 126.292.** Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Diário da Justiça, Brasília-DF, 17 de maio de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 01º de novembro de 2020.