



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS / UFAL  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS / FDA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO / PPGD  
MESTRADO EM DIREITO**

**LAÍS RAMOS BARBOZA**

**FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: A APLICABILIDADE DO ART. 489,  
§1º E §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DA TEORIA ANÁLITICA DO  
DIREITO DE ROBERT ALEXY**

**MACEIÓ / AL  
JUNHO / 2018**

**LAÍS RAMOS BARBOZA**

**FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: A APLICABILIDADE DO ART. 489,  
§1º E §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DA TEORIA ANÁLITICA DO  
DIREITO DE ROBERT ALEXY**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas como requisito parcial para a obtenção do grau acadêmico de Mestre em Direito.

Orientador: Profº. Dr. Beclaute Oliveira da Silva

---

Assinatura do Orientador

**MACEIÓ / AL  
JUNHO / 2018**

**Catálogo na Fonte**  
**Universidade Federal de Alagoas**  
**Biblioteca Central**  
**Divisão de Tratamento Técnico**

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale – CRB4 – 661

B238f Barboza, Laís Ramos Barboza.  
Fundamentação da decisão judicial : a aplicabilidade do art. 489, § 1º e § 2º do código de processo civil à luz da teoria analítica do direito de Robert Alexy / Laís Ramos Barboza. – 2018.  
116 f.

Orientador: Beclaute Oliveira da Silva.  
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2018.

Bibliografia. f. 111-116.

1. Processo civil – Teoria analítica. 2. Decisão judicial – Fundamentação. 3. Argumentação jurídica. 4. Norma jurídica – Conflitos. 5. Norma jurídica – Ponderação. I. Título.

CDU: 340.13:347.9



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL**  
**FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD**  
**MESTRADO EM DIREITO**



**LAÍS RAMOS BARBOZA**

**“FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: a aplicabilidade do art. 489, §1º e §2º do Código de Processo Civil à luz da Teoria Analítica do Direito de Robert Alexy”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. BECLAUTE OLIVEIRA SILVA

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (UFAL)

Julgamento: APROVADA (8,5) Assinatura: 

Prof. Dr. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (UFAL)

Julgamento: APROVADA (8,5) Assinatura: 

Prof. Dr. Bruno Emanuel Tavares de Moura (convidado externo/UNIT)

Julgamento: APROVADA (8,5) Assinatura: 

Maceió, 27 de junho de 2018.

  
Prof. Dr. George Sarmento  
DA UFAL  
george\_sarmento@hotmail.com  
+55(82) 9114-1414

Aos meus pais, Marcio e Aline pelo apoio, exemplo e incentivo imensurável. Aos meus irmãos, Beatriz e Artur, pela companhia compartilhada. As minhas avós, Gina e Arlinda pelas alegrias proporcionadas. E ao meu noivo, Alexandre, pela confiança e estímulo depositados.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente sinto que devo agradecer a Deus pela benção recebida, onde tive a oportunidade de ampliar meus horizontes na vida profissional, enriquecendo não só meu conhecimento como também minha alma, sem dúvidas o mestrado me proporcionou grandes desafios e com eles grandes aprendizados.

Em segundo lugar, em que pese não menos importante meu agradecimento é destinado ao meu orientador Prof<sup>o</sup>. Dr. Beclaute Oliveira da Silva, sem este jamais teria alcançado tamanho crescimento científico e pessoal, pois no desempenho de sua orientação me permitiu não só a confecção deste trabalho, como igualmente me propiciou reflexões acerca da ciência jurídica no qual, verdadeiramente pude me retirar da zona de conforto dos conceitos pré-estabelecidos.

Ademais, agradeço a participação dos Professores Pedro Henrique Nogueira e Rosmar Rodrigues, que como membros da banca contribuíram diretamente para elaboração de minha dissertação. Nesse sentido, eis que nas pessoas deles atribuo também meu agradecimento a todos os professores da Faculdade de Direito de Alagoas e do Programa de Pós-Graduação em Direito, que desde a graduação contribuem para o meu aperfeiçoamento acadêmico e pessoal.

Designo também meu reconhecimento aos meus pais, Márcio Gomes Barboza e Aline da Silva Ramos Barboza, que ao longo de minha vida se fizeram presentes em todos os momentos. São eles, sem dúvida, as maiores referências que tive, pois professores universitários, melhor que qualquer pessoa eles conhecem a dignificação do ensino superior e o seu poder transformador. A eles dedico os sabores e os frutos de uma vida na constante busca pelo conhecimento e aperfeiçoamento.

Não poderia deixar de agradecer também aos meus irmãos, Beatriz e Artur, e aos demais familiares que com suas peculiaridades imprimiram em mim um pouco do que são. Dentre estes cito em especial meu amado avô Elzio, que partiu dessa vida deixando o orgulho de ser quem era, um homem simples de abraço fraterno e coração repleto de amor, cuja lembrança e maior incentivo se fará presente por toda minha vida. Hoje sem ele, minhas avós Arlinda e Georgina, cada uma sua maneira, tem representado muito bem o papel.

Por fim, o meu muito obrigado aos colegas da Turma 12 do mestrado, em especial as amigas Janaína Helena e Jéssica Nunes e ao amigo Bruno Batista, que durante os últimos dois anos foram verdadeiros companheiros de lutas e conquistas, a eles dedico a felicidade de ter usufruído de suas amizades sinceras e conhecimentos imensuráveis.

O juiz é o direito tornado homem. Na vida prática, só desse homem posso esperar a proteção prometida pela lei sob uma forma abstrata. Só se esse homem souber pronunciar a meu favor a palavra justiça, poderei certificar-me que o direito não é uma promessa vã.

(Piero Calamandrei)

**Resumo:** O presente trabalho tem como objeto de estudo o dever de fundamentação das decisões judiciais disposto no art. 489 do Código de Processo Civil brasileiro, o qual em consonância com a Constituição Federal erigiu a fundamentação como elemento essencial do pronunciamento judicial, mas inovou na concepção do §1º o qual trata dos contornos inerentes a materialização do dever de fundamentação, e do §2º que dispõe sobre a justificação de decisão judicial consolidada na ponderação entre normas jurídicas. Visto desta maneira é que uma vez consolidada na decisão judicial a preponderância da concretização das normas jurídicas, a legitimação do exercício da atividade jurisdicional e assim a garantia da correção do discurso jurídico por meio de sua coerência tem-se no dever de fundamentação da decisão judicial uma importante ferramenta de controle da interpretação e aplicação das normas jurídicas. Deste modo, diante da dimensão da temática várias teorias foram desenvolvidas no sentido de melhor esclarecer o fenômeno descrito e com isso traçar parâmetros de sua verificação, dentre essas o presente trabalho tomou como objeto de investigação a doutrina empreendida pelo alemão Robert Alexy, a qual amplamente recepcionada no Brasil tem como marco teórico o desenvolvimento de uma teoria jurídica argumentativa, além de ser responsável pela introdução da técnica da ponderação como forma de resolução do conflito normativo entre princípios. Por essa razão é que se propõe nesse estudo a análise do dever de fundamentação da decisão judicial, exposto no art. 489, §1º e §2º à luz da teoria discursiva desenvolvida por Alexy, no sentido de traçar o paralelo entre o marco teórico elegido e a regulamentação da temática. Tal abordagem se faz pressuposto necessário à verificação da compatibilidade daquela com a sistemática processual vigente, de modo que assim sejam estabelecidos seu alcance e limitações.

Palavras chave: Fundamentação, Decisão Judicial, Argumentação Jurídica, Ponderação.



**Abstract:** The present study has as object of study the duty to justify the judicial decisions established in art. 489 of the Brazilian Code of Civil Procedure, which, in accordance with the Federal Constitution, established the grounds as an essential element of the judicial pronouncement, but innovated in the conception of §1º which deals with the inherent contours of the obligation to state reasons, and §2º which provides for the justification of a consolidated judicial decision in the weighting of legal rules. Seen in this way is that once consolidated in the judicial decision the preponderance of the implementation of legal norms, the legitimation of the exercise of the judicial activity and thus the guarantee of correction of the legal discourse by means of its consistency is in the duty of justification of the judicial decision an important tool to control the interpretation and application of legal norms. Thus, in view of the dimension of the thematic, several theories were developed in order to better clarify the phenomenon described and with that to trace parameters of its verification, among these the present work took as object of investigation the doctrine undertaken by the German Robert Alexy, which widely received in Brazil has as theoretical framework the development of an argumentative legal theory, besides being responsible for the introduction of the weighting technique as a form of resolution of the normative conflict between principles. For this reason, the purpose of this study is to analyze the duty to state reasons for the judicial decision, set forth in art. 489, §1º and §2º in the light of the discursive theory developed by Alexy, in order to draw the parallel between the theoretical framework chosen and the regulation of the thematic. Such an approach presupposes the necessary verification of the compatibility of that with the current procedural system, so that its scope and limitations are established.

**Key words:** Interpretation, Rationale, Judicial Decision, Legal Argumentation, Weighting.

## SÚMARIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>1. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PRECONIZADA POR ROBERT ALEXEY SEUS REFLEXOS NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL .....</b>	<b>14</b>
1.1 A PREPONDERÂNCIA DA TEORIA DE ROBERT ALEXEY NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS.....	14
1.2 OS FUNDAMENTOS DE UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.....	18
<b>1.2.1 Da racionalização do Direito através do discurso: a diferença basilar entre texto e norma jurídica .....</b>	<b>18</b>
<b>1.2.2 Da teoria do discurso prático racional geral à teoria da argumentação jurídica .....</b>	<b>20</b>
1.3 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM ESPÉCIE .....	32
<b>1.3.1 Justificação interna da decisão judicial .....</b>	<b>34</b>
<b>1.3.2 Justificação externa da decisão judicial.....</b>	<b>38</b>
<b>2. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PARAMÊTROS DE VERIFICAÇÃO DA TOMADA DA DECISÃO JUDICIAL DIANTE DO CONFLITO NORMATIVO .....</b>	<b>43</b>
2.1 A RELEVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS PARA INTERPETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO PROPOSTA POR ALEXEY.....	43
2.2 A PRIMAZIA DA DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS .....	46
2.3 A LEI DA COLISÃO E A RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE NORMAS .....	54
2.4 O PROBLEMA DO DECISIONISMO NA RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS: LEI DO SOPESAMENTO E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE.....	58
<b>2.4.1 A máxima da adequação .....</b>	<b>62</b>
<b>2.4.2 A máxima da necessidade.....</b>	<b>64</b>
<b>2.4.3 A máxima da proporcionalidade em sentido estrito.....</b>	<b>68</b>
<b>3. O MARCO REGULATÓRIO DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .....</b>	<b>75</b>
3.1 A APLICABILIDADE DO ART. 489, § 1 E §2º À LUZ DA TEORIA ANALÍTICA PROPOSTA POR ROBERT ALEXEY.....	75
3.2 HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DISPOSTAS NO §1º DO ART. 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DA TEORIA ANÁLITICA DE ROBERT ALEXEY.....	82
<b>3.2.1 Decisão Restrita a Indicação de Texto Normativo.....</b>	<b>82</b>
<b>3.2.2 Decisão sem Fundamentação de Conceitos Jurídicos.....</b>	<b>87</b>
<b>3.2.3 Decisão Genérica .....</b>	<b>90</b>
<b>3.2.4 Decisão Contrária ao Elemento Persuasivo do Contraditório Substancial.....</b>	<b>92</b>
<b>3.2.5 Decisão Restritivamente Jurisprudencial .....</b>	<b>95</b>
<b>3.2.6 Decisão Violadora de Precedente Suscitado .....</b>	<b>97</b>
3.3.....A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NA RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE NORMAS JURÍDICAS E SUA CONSONÂNCIA COM A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO ELABORADA POR ROBERT ALEXEY .....	101
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>108</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>111</b>

## INTRODUÇÃO

O estudo de temas relativos a interpretação e aplicação das normas jurídicas se perfaz uma das principais problemáticas referentes ao desenvolvimento de uma Teoria do Direito. Tal assertiva se consolida no fato de a norma jurídica se constituir no produto da interpretação dos textos legislativos, e portanto resultante do ato intelectual de seu intérprete.

Diante da preponderância do papel do intérprete no desvelar dos enunciados normativos e conseqüentemente do próprio Direito, eleva-se junto ao questionamento acerca do fenômeno da interpretação e aplicação das normas jurídicas, o enfrentamento da delimitação do poder jurisdicional conferido ao magistrado, enquanto principal sujeito da relação jurídica processual.

Nessa seara não restam dúvidas quanto a dimensão da responsabilidade atribuída ao sujeito, que na qualidade de magistrado, dispõe da competência de concretização das normas jurídicas de modo que a este é outorgado o poder de definir-lhes o sentido e, assim impor sua percepção para a resolução de conflitos concretos.

Em considerada a prevalência do poder atribuído não se perfaz imotivado o implemento de recursos suficientes a contenção do seu desempenho, de tal sorte que em se tratando de atividade intelectual, cuja subjetividade lhe é indissociável, tem-se como principal objeto de controle a decisão judicial. Verifica-se, pois que porquanto exteriorizado o pronunciamento judicial se constitui o ponto de estudo e análise do exercício do poder jurisdicional.

Pensado desta maneira é que se enuncia no ordenamento jurídico brasileiro como garantia de *status* constitucional o dever de fundamentação das decisões judiciais, proteção normativa a qual dita a obrigação do magistrado de motivar as decisões proferidas, de modo que sejam explanadas as razões que ensejaram a tomada da decisão.

Em consonância com a relevância do referido dever como instrumento de controle do poder jurisdicional e legitimação de seu desempenho, é que se deu a incorporação pelo Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, da fundamentação como elemento essencial da decisão judicial. Desse modo, tem-se mais fortemente consolidado que quando não cumprida a obrigação imposta julga-se nulo o ato de pronunciamento.

Seguindo o mesmo entendimento, em não bastasse o redizer do mandamento constitucional a sistemática processual, no ápice da concretização do dever de fundamentação, instituiu como norma legal em seu art. 489<sup>1</sup>, parágrafo §1º e §2º, hipóteses em que a decisão

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

judicial será nula porquando considerada não fundamentada, bem como requisitos de justificação da decisão judicial proferida mediante a ponderação de normas jurídicas, no qual se discutirá sobre a aplicação da técnica às regras, ou somente à princípios.

Diante da progressividade dos supracitados dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se como fonte precípua de estudo a sua conformação com a seara processual, como também sua incidência no fenômeno de interpretação e aplicação das normas jurídicas. Isto posto, vislumbra-se que sua existência e força normativa tem consequência imediata na conformação do dever de fundamentação da decisão judicial, na medida em que sua observância induz a delimitação do desempenho do poder jurisdicional.

Assente nesse panorama o presente trabalho se propõe a estudar a temática da justificação da decisão judicial à partir da incidência do §1º e §2º do art. 489 do Código de Processo Civil. Com isso, se objetiva investigar o proveito desses instrumentos normativos como delineamento da atuação do magistrado na deliberação do processo judicial, e portanto da interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Para tanto, tendo em vista seu viés conformador da decisão judicial e como consectário da atividade jurisdicional, apoiado na exposição de razões que comprovem o resultado empreendido, adota-se como parâmetro para aferição da finalidade almejada a análise dos dispositivos com fundamento em uma teoria da argumentação jurídica.

A justificativa do marco teórico utilizado se consolida pela identificação da perspectiva estabelecida para análise da atividade interpretativa do Direito, isso porque a sistemática processual vigente ao que parece, em razão da introdução do §1º e §2ª do art. 489, toma como

---

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma 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.

critério de aferição do desempenho da atividade jurisdicional a justificação de seu conteúdo decisório, o que coaduna como o desenvolvimento de um teoria analítica.

Nesse seguimento, é possível observar uma inclinação legislativa à pretensão de validade dos pronunciamentos judiciais por meio da exposição pormenorizadas das razões que se prestem a solidificar a decisão pronunciada. Do mesmo modo o desenvolvimento de teorias argumentativas tem como pressuposto conceitual o aprofundamento argumentativo de um discurso proferido como método hábil a estabilização de seu conteúdo em virtude de sua ampla aceitação.

Destarte, voltado a legitimação do discurso por seu convencimento, a concepção analítica do fenômeno jurídico aparenta se conciliar com a contemporaneidade do dever de fundamentação das decisões judiciais preconizado na legislação processual, isso porque o objeto de aprofundamento da discussão se perfaz sobre os motivos determinantes e não os meios empreendidos. Assim, o critério de validade da decisão judicial perpassa pelas razões que a compõe e não apenas dos meios que a conduziram.

Sob a influência dessa possível condução processual é que se tomou como problemática a ser enfrentada no trabalho a verificação da plausibilidade da introdução de uma teoria argumentativa na sistemática procedimentalista do Código de Processo Civil vigente. Ocorre que, dentre a variabilidade de trabalhos elaborados à luz de uma teoria da argumentação jurídica, elegeu-se para o estudo da problemática esposada, como marco teórico de análise, a tese concebida pelo alemão Robert Alexy.

O referido autor, em não bastasse ser hodiernamente referenciado pela doutrina brasileira, é o principal teórico da técnica da ponderação como método de resolução dos conflitos normativos, razão pela qual a referência ao termo introduzida no §2º do art. 489 do CPC já pressupõe o estudo de sua compatibilidade para com a percepção elaborada por aquele. Do mesmo modo tem-se que a abordagem defendida pelo teórico tem como desígnio a delimitação da atuação jurisdicional mediante a robustez de seus argumentos o que decerto se aproxima ao §1º do art. 489 do CPC.

Nesse sentido, a fim de alcançar o objetivo definido se estabeleceu como metodologia de trabalho o aprofundamento sobre a percepção analítica da aplicação das normas jurídicas elaborada por Alexy. No qual dentre as obras redigidas pelo autor destaca-se o estudo da Teoria da Argumentação Jurídica e da Teoria dos Direitos Fundamentais, as quais conjuntamente se constituem o marco de sua produção acadêmica a respeito do tema, em que pese terem sido também analisadas demais obras do autor correlatas ao tema.

Por sua vez, no tocante a perspectiva processual se antepôs a análise de referências hodiernas a respeito da temática do dever de fundamentação das decisões judiciais, quais sejam aquelas elaboradas já a partir da introdução do art. 489, §1º e 2º do CPC, por se entender que a abordagem sobre o tema da fundamentação da decisão judicial contemporânea não pode se dar as avessas dos referidos dispositivos.

Assim, como consectário da metodologia empreendida tem-se a formulação do trabalho sobre a seguinte estruturação:

O primeiro capítulo parte do estudo da Teoria da Argumentação Jurídica formulada por Robert Alexy, dedicando-se a caracterização da perspectiva teórica do autor e seus principais postulados. Do mesmo modo, conjuntamente, introduz os aspectos da sistemática processual vigente apontando, sempre que possível, o paralelo existente entre o procedimento estabelecido pelo CPC e teoria do autor, tal estruturação de algum modo já se presta ao questionamento acerca da compatibilização entres as duas acepções.

O segundo capítulo, no sentido de dar continuidade ao delineamento introduzido pelo anterior se cinge ao aprofundamento da Teoria dos Direitos Fundamentais preconizada por Alexy. Nesse sentido, são apresentadas as principais conceituações do autor a respeito das normas jurídicas e sua respectiva classificação, de modo que a partir de então sejam desenvolvidas as hipóteses de resolução do conflito normativo e conseqüentemente da técnica da ponderação. Semelhante ao que foi procedido no capítulo inicial, nesse também são confrontados, quando pertinente, os entendimentos e regramentos provenientes da legislação procedimental para com o marco teórico.

O terceiro capítulo, por sua vez, de modo pormenorizado traz a exposição do regramento disposto no art. 489, §1º e §2º do CPC, tal que nesse tem-se diretamente analisados os novos contornos legislativos do dever de fundamentação da decisão judicial. Por conseguinte, eis que se procede a leitura do referidos dispositivos normativos à luz da teoria analítica formulada por Robert Alexy, apresentadas nos capítulos anteriores, de modo que então seja observada a plausibilidade da hipótese suscitada para justificativa do tema.

Com base no exposto é que o estudo a ser desenvolvido se apresenta como ferramenta relevante à compreensão do tema consolidado na fundamentação das decisões judiciais, notadamente a partir da vigência do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, tal que se constitui numa leitura da interpretação e aplicação das normas jurídicas no âmbito processual.

## 1. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PRECONIZADA POR ROBERT ALEXY E SEUS REFLEXOS NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL

### 1.1 A PREPONDERÂNCIA DA TEORIA DE ALEXY NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

Insero no propósito de desenvolver uma teoria pós-positivista do Direito, que tivesse como fundamento o reconhecimento e conseqüente materialização das normas principiológicas é que, o jurista Robert Alexy desenvolveu seus estudos na formulação de parâmetros de procedimentalização da atividade jurisdicional. Tal tratativa se consubstanciou tanto na exigibilidade do critério de racionalidade para consolidação da ciência jurídica, quanto e aí mais preponderante na legitimação das decisões judiciais, isso porque já constado pelo autor ser essa a principal problemática da prática jurídica.<sup>2</sup>

Nesse sentido destaca-se dentre as maiores contribuições teóricas do autor a elaboração de uma Teoria da Argumentação Jurídica, dedicada à formalização do Direito sobre o viés discursivo, e a Teoria dos Direitos Fundamentais, cuja finalidade precípua é concretização dos direitos fundamentais, compreendidos como a máxima das normas principiológicas.

Dentre as obras citadas, ressalta-se a relevância da enunciação de uma tese de argumentação jurídica constituída mediante argumentos racionais, no qual se pontua ser essa a pedra de toque de toda a produção científica do autor, na medida em que a elaboração de uma Teoria do Direitos Fundamentais, só se perfaz plausível se erigida sob bases racionais, sendo portanto a construção dos direitos fundamentais “uma forma de argumento do discurso jurídico”.<sup>3</sup>

Como característica significativa de toda sua teoria é possível destacar a pretensão de correção atribuída pelo autor ao sistema jurídico, no qual se objetiva o estabelecimento de parâmetros de verificação da ciência jurídica a partir da sua correlação com a moral, a fim de que lhe seja afastado a perpetuação de uma injustiça, por estar também o discurso moral regulamentado por regras<sup>4</sup> Vislumbra-se dessa maneira que diferentemente do que ocorreu no modelo jusnaturalista, que preconiza o direito natural ao subsumir a concepção do Direito a um juízo de valor<sup>5</sup>, bom ou mau, o referencial de Alexy objetiva a conformação dos atos jurídicos,

---

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, prefácio.

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 17.

<sup>4</sup> ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 27.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

legislativos e jurisdicionais, para com ordenamento jurídico, agora julgando ser o resultado obtido certo ou errado.<sup>6</sup>

O posicionamento exposto tem como fundamento o entendimento preconizado por Alexy sobre a consolidação de uma ordem valorativa objetiva no ordenamento jurídico, sob o *status* constitucional, referenciada mediante o reconhecimento normativo dos princípios.<sup>7</sup> Desta maneira, consciente da polêmica concernente à aceitabilidade de tais parâmetros valorativos, mesmo considerados normativos, e diante da subjetividade que lhe é inerente, o autor objetivou a racionalização da aplicabilidade das normas principiológicas, destacadamente as concernentes a direitos fundamentais.

Destarte, vislumbra-se como cerne da produção teórica de Alexy uma tratativa sobre a sob o viés prático da ciência jurídica, e conseqüentemente da atividade jurisdicional, a partir da justificação da decisão judicial em bases racionais, de modo que seja utilizado como parâmetro de sua verificação a máxima efetivação dos valores dispostos no ordenamento.

Ocorre que, para que a referida finalidade seja alcançada se requer que a concepção de Direito seja apreendida sob uma perspectiva dialética-prática concernente a escolhas valorativas<sup>8</sup>, que considerem na sua materialização o ordenamento jurídico, assim como o contexto fático sobre o qual se desdobra. Logo é possível concluir ser pressuposto necessário para o incremento de uma teoria argumentativa aplicável ao Direito, o seu estabelecimento por meio de um discurso jurídico, o qual por si só introduz sua relevância para formalização da decisão judicial.

À luz do exposto é possível identificar que em consonância com a perspectiva teórica defendida por Alexy, o acerto da decisão judicial se perpetua pela obediência do procedimento estabelecido para sua elaboração, assim verificada a partir da observância das regras racionais ou formas de argumento aplicadas ao discurso, que garantem não o resultado único, diante da possibilidade e dissenso, mas estabelecem o mínimo a ser observado.<sup>9</sup>

Percebe-se, pois que os critérios propostos pela teoria proposta por Alexy é algo que coaduna com os anseios sociais vivenciados após o ápice do modelo positivista e do pós-guerra, sendo esse o referencial conceitual consonante ao momento ora vivenciado. Então, tem-se que

---

<sup>6</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas fronteiras da argumentação: A discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 52.

<sup>7</sup> ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 39.

<sup>8</sup> TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 181.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 81.



a aceitabilidade de uma decisão estática, assim compreendida por estar restrita ao que a legislação vigente preconiza<sup>10</sup>, não mais se assimila com a concepção de Direito que se sobrepõe ao aspecto puramente legalista, para enfim adotar uma perspectiva pragmática, na qual a produção jurisdicional tem fundamento prático racional.<sup>11</sup>

Isso posto, pode-se afirmar como pressuposto basilar da teoria de Alexy a aproximação da decisão judicial, portanto aplicação do Direito para com a interpretação das normas jurídicas, de modo que seja garantida a coerência lógica racional do resultado obtido e as proposições que lhe são inerentes. Nesse sentido é que ao dispor sobre um modelo teórico de aplicação dos direitos fundamentais, o autor enaltece o exercício da jurisdição sobre uma matriz constitucional, tomando como parâmetro prático as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Alemão, no qual se preconiza a máxima efetivação dos valores que lá se encontravam positivados.<sup>12</sup>

Ocorre que, diante da aceitabilidade e difusão das proposições teóricas propostas por Alexy, as teorias procedimentais elaboradas por aquele ultrapassaram as fronteiras da Alemanha, país de origem do autor e contexto fático sobre ao qual foram desenvolvidas, para enfim serem introduzidas pela ciência jurídica em diversos ordenamentos, como é o caso do Brasil. Assim, ao vislumbrar tamanha aceitabilidade doutrinária, Rafael Giorgio bem pontua que “as teoria discursivo-rationais pensadas por Alexy [...] se tornaram não apenas uma teoria geral da interpretação dos direitos fundamentais, mas uma teoria geral das normas jurídicas e/ou da metodologia jurídica”.<sup>13</sup>

Vislumbra-se desta maneira que a utilização da perspectiva teórica do autor se fez necessária não somente pela finalidade concretizadora das normas jurídicas dotadas de carga axiológica, mas principalmente por sua procedimentalização da aplicação das normas jurídicas, como um todo, uma vez que o método de racionalização traz segurança jurídica à aplicação do Direito, na medida em confronto o atendimento ao ordenamento jurídico vigente para com o resultado obtido de sua materialização.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da teoria do Direito em tempo de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 17.

<sup>11</sup> WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação democrática do poder judiciário no novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 135.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 27.

<sup>13</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas Fronteiras da Argumentação: A discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 46.

<sup>14</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 138.

Tal assertiva tem como esteio a necessidade da demonstração racional dos argumentos aduzidos na prolação de uma decisão judicial, exigida pela teoria argumentativa, de modo que se apreende a correlação da exposição dos motivos para com a indicação dos argumentos que propulsionaram a conclusão obtida.<sup>15</sup> Aplicado à perspectiva jurisdicional adotada pelo ordenamento brasileiro, é possível identificar a preponderância desse entendimento tanto no âmbito constitucional a partir da previsibilidade do dever de motivação das decisões judiciais<sup>16</sup>, assim como na inovação da trazida pelo Código de Processo Civil<sup>17</sup> a despeito dos parâmetros de verificação de validade da decisão judicial a partir de sua fundamentação.

Tais diplomas legislativos apenas consolidam o compromisso objetivado pelo ordenamento jurídico brasileiro para com a legitimação do exercício do poder jurisdicional, de modo que o justifica e garante que sua respeitabilidade não esteja consolidada tão somente no seu poder vinculante, mas sim na sua consonância com os valores por aquele adotado, o que somente é possível por meio da justificação de seu resultado.<sup>18</sup> Nesse sentido, conclui-se que a perspectiva hodierna da jurisdição, só se consolida mediante parâmetros de correção da decisão judicial, o que reforça o estudo de teorias que objetivem o alcance de desse resultado.

Diante do exposto é que o presente capítulo se propõe ao estudo da teoria discursiva da argumentação de Robert Alexy, enquanto teoria realinhada ao estabelecimento de critérios de racionalização da decisão judicial. De forma mais específica, o estudo trará a enunciação das balizas do pensamento do autor, de modo que se possa a *posteriori* contrapor a compatibilidade de seus prenúncios com o que se tem incorporado pelo ordenamento jurídico pátrio, notadamente no que concerne ao dever de fundamentação das decisões judiciais regulamentado pela legislação processual vigente, o qual será mais aprofundado no capítulo três que se subsegue.

---

<sup>15</sup> TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 234.

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, art. 93, inciso IX.

<sup>17</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional, art. 489, §1º.

<sup>18</sup> ABOUD, George. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 746.

## 1.2 OS FUNDAMENTOS DE UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PRECONIZADA POR ROBERT ALEXY

### 1.2.1 Da racionalização do Direito por meio do discurso: a diferença basilar entre texto e norma jurídica.

Como pressuposto elementar à compreensão da perspectiva teórica de Robert Alexy é necessário pontuar que na sua visão, bem como do momento histórico vivenciado, já se subjaz a preponderância da linguística<sup>19</sup> como meio de formação do conhecimento humano, assim como instrumento de comunicação daquele com o mundo.

Essa constatação se faz útil no sentido de diferenciar o desenvolvimento de teorias da argumentação, como é o caso da tese preceituada pelo autor, com a enunciação concomitante de teorias hermenêuticas fundamentadas na Filosofia da Linguagem. Ciente de possível equiparação Alexy bem indica que não se tratam da mesma coisa, em que pese disporem de pontos em comum, como é o caso do enaltecimento da atividade linguística.<sup>20</sup>

Por conseguinte o autor compreende que a significação de um dispositivo normativo, por conter plurais interpretações, traz intrínseco em seu conteúdo, as valorações inerentes ao seu interprete. Ocorre que, diferentemente do que preconizado por vertentes doutrinárias outras, Alexy defende que mesmo diante do subjetivismo do aplicador é possível construir um discurso jurídico racional, a partir da sua fundamentação para com o ordenamento jurídico vigente.<sup>21</sup>

Eis que diante dessa conscientização acerca do subjetivismo da atividade jurisdicional, inerente à efetivação das normas jurídicas, o autor se debruça no desenvolvimento de metodologia apta a sua racionalização. Assim é que se reafirma o postulado de que: não é suficiente para legitimação da decisão judicial a simples indicação de enunciado normativo que a fundamenta, mas também o entendimento que se apreende de sua interpretação.<sup>22</sup>

Tomada tal colocação como parâmetro, tem-se que para a consolidação de uma perspectiva analítica do Direito é elementar a diferenciação precípua entre texto e norma. Deste modo, pode-se dizer que o texto se correlaciona com a lei propriamente dita, e a segunda, como

<sup>19</sup> BOHN, Claudia F. Rivera. **Uma análise da teoria da fundamentação jurídica de Robert Alexy**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina / UFSC, Florianópolis/SC. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/81896/179155.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 05 de mai. de 2018.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 30.

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 29.

<sup>22</sup> ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 25.

resultado da aplicação do ordenamento jurídico, nem sempre expressa em leis escritas, o qual na visão de Alexy deverá ser desenvolvida mediante um discurso jurídico prático.

Destaca-se que Alexy tomou como parâmetro para o desenvolvimento de sua teoria os trabalhos desenvolvidos por Habermas<sup>23</sup>, para o qual a validade da atividade jurisdicional se perpetrava pelo agir comunicativo do intérprete, desenvolvido sobre um ponto de partida calcado em pressupostos lógicos. Assim, se estabelece na visão do autor que o Direito, ao se estabelecer como um discurso jurídico veiculado pelo processo deve observar a preponderância do ponto de partida estabelecido, tal que sua justificação e aceitação dentro desse parâmetro o configurará verdadeiro e, portanto correto.<sup>24</sup>

Dentro dessa perspectiva é possível asseverar o caráter procedimental do conceito de verdade consolidado por Habermas e incorporado por Alexy, de modo que se sobrepondo a noção de verdade como correspondência, se estabelecem critérios racionais de sua verificação.<sup>25</sup> Se vê que deste modo a preocupação para com a verdade se substitui pela busca do que é correto ou admissível, pois conforme narrado já se compreende as peculiaridade inerentes à linguagem e conseqüentemente à atribuição de sentidos.<sup>26</sup>

Essa diferenciação se reverbera no fato de a teoria elaborada pelo autor tomar como parâmetro de verificação de racionalidade sempre a resolução de um caso prático, de modo que compõe sua formação também as especificidades do caso concreto, não sendo, portanto suficiente a lei. Nesse sentido se faz oportuno colacionar os dizeres de Alexy:

Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre sua função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então essa lacuna, segundo os critérios da razão prática e as concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade.<sup>27</sup>

Assim, conclui-se que a pretensão de correção perseguida pelo teórico só se apresentará a partir do resultado construtivo do discurso elaborado. Em outros termos, pode-se dizer que

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 107.

<sup>24</sup> SILVA, Beclaute Oliveira. Teoria discursiva e seus reflexos no direito segundo o pensamento de Habermas. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137588/Ril175%20-%20Beclaute%20Silva.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 de mai. de 2018.

<sup>25</sup> CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007, p. 88-89.

<sup>26</sup> ZANETI JR., Hermes ; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. . Teoria da decisão judicial no código de processo civil: Uma ponte entre hermenêutica e analítica? *In: Revista de Processo*. Vol. 259/2016. P. 21-53, Set./2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produto/bibli\\_boletim/bibli\\_boi\\_2006/RPro\\_n.259.01.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RPro_n.259.01.PDF)>. Acesso em: 05 de mai. de 2018.

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 41.

não é a solução em si que se reveste da racionalidade, mas sim sua procedimentalização, ao qual só pode ser verificada por meio de sua justificação.

Isto posto, é que uma vez esclarecidos os elementos primários à compreensão da teoria desenvolvida por Alexy, se passará então a enunciação de seus fundamentos, qual seja as regras que compõem os requisitos lógicos de sua teoria. Visto isso, eis que então se enunciará as regras do discurso defendidas pelo autor.

### **1.2.2 Da Teoria do Discurso Prático Racional Geral à Teoria da Argumentação Jurídica**

O Direito, em considerado seu caráter científico e sua exteriorização mediante o uso da linguagem, tem sua formulação pautada numa Teoria do Discurso Prático Racional, de modo que se aplicam àquele as regras gerais inerentes a todas as formas de discurso, somadas aí as regras específicas a sua conformação. Nesse sentido, Atienza em seu estudo sobre a Teoria da Argumentação Jurídica referência que Alexy toma o Direito como um caso especial do discurso prático geral e, portanto parte do discurso moral.<sup>28</sup>

Concebe-se assim que o desenvolvimento da Teoria do Discurso Prático Racional se fundamenta no uso da linguagem como meio de comunicação entre partes, de modo que quando alguém fala o faz no sentido de que o outrem aceite ou se porte de acordo com o que o lhe foi dirigido.<sup>29</sup> Logo se verifica que a quem foi dirigida a fala, poderá, se portar do modo indicado quer seja por sua crença subjetiva de que o que fora determinado é bom, quer seja por que fora convencido de que o referido comportamento é o adequado.

O primeiro aspecto é afastado da Teoria da Argumentação, pois conforme alegado tem seu fundamento nas crenças pessoais e morais do ouvinte a respeito do que é bom ou ruim, estando, assim relegado às ciências que avaliam o indivíduo e seu comportamento a partir do estudo da psiquê.<sup>30</sup> Desse modo, enfatiza-se que diante de tamanho subjetivismo torna-se irrealizável o desenvolvimento de regras de conformação lógica do discurso sob esse viés, haja vista a notória contrariedade dos conceitos.

Nesse diapasão, é sobre o segundo aspecto que o estudo da teoria do discurso prático se constitui. O objetivo precípua dessa teoria se formaliza no estabelecimento de regras que

---

<sup>28</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: Teoria da argumentação jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 160.

<sup>29</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: Teoria da argumentação jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Landy, 2003, p.161.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 177.

procedimentalizem o discurso entre partes, afim de que possa o mesmo se desenvolver sobre premissas lógicas de convencimento/aceitação, ou seja, um acordo.

Então se estabelece a máxima de que observado o procedimento lógico para sua formação, tem-se por correto o resultado que lhe fora obtido.<sup>31</sup> Desse modo têm-se como pressuposto dessa teoria que as regras que lhe são elencadas são dirigidas a quem fala / preside o discurso, no sentido de que torne verdadeiro/justificado o que é dito e assim alcance o convencimento de outrem.

Em que pese à prevalência do orador na aplicabilidade da teoria da argumentação, cabe também ao ouvinte, sujeito espectador, a participação no discurso por meio da exposição de contra-argumentos. Destaca-se assim o papel construtivo do acordo por meio do confronto de argumentos e contra-argumentos, a fim de que se possa alcançar um denominador comum, qual seja um resultado aceitável/correto porquanto em consideração a todos os aspectos relevantes que circundavam a discussão.<sup>32</sup>

Traduzido para a sistemática processual se visualiza a justificativa de tal afirmação, na medida em que as partes do processo constituem intrínsecas a seus pronunciamentos uma perspectiva unilateral do caso, a que melhor coaduna com seus interesses. Nesse ponto em que pese não estarem às mesmas vinculadas a uma pretensão de correção colaboram para o debate do caso e conseqüentemente, para o acerto da decisão.<sup>33</sup>

À luz desse panorama é possível destacar que a pretensão de correção objetivada por Alexy diz respeito à correção do procedimento a ser observado e não dos argumentos aduzidos.<sup>34</sup> Isso se torna clarividente diante da hipótese narrada, no qual as partes do processo não tem garantida a preponderância de suas alegações, mas isso não é capaz de macular o processo como um todo, porquanto observado o devido processo legal.

Frente a tais afirmações, que se perfazem aplicáveis a todas as formas racionais de discurso, inclusive o jurídico, o autor estabelece a formulação de uma teoria de racionalização de Direito argumentativa. Por conseguinte, tem-se como preliminar, o estudo da Teoria do Discurso Prático Geral, a qual se encontra firmada no estabelecimento de três grupos de regras,

---

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 76.

<sup>32</sup> ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 72/73.

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 95.

<sup>34</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart ; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 109.

distintos entre si, as regras fundamentais, as regras da razão e as regras sobre a carga de argumentação.<sup>35</sup>

Eis que, no sentido de elucidar o leitor a respeito de cada grupamento de regras do discurso, bem como conduzi-lo ao melhor entendimento e formação da Teoria da Argumentação Jurídica proposta por Alexy, serão abordadas nesse trabalho as principais características extraídas de cada grupamento. Dentre tais particularidades, se destacarão aquelas de maior relevância para a formação da decisão judicial, a qual se fará o respectivo contraponto em consonância com a perspectiva processual do tema.

Visto isso, inicia-se pelas Regras Fundamentais do discurso, as quais se constituem nos seguintes mandamentos:

- (1.1) Nenhum orador pode contradizer-se.
- (1.2) Todo orador só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.
- (1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A*, deve estar disposto para aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes.
- (1.4) Diferentes oradores não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.<sup>36</sup>

Conforme disposto na própria nomenclatura desse grupamento os mandamentos nele contido são de cunho fundamental, ou seja, deduz-se que seu atendimento é requisito basilar de validade de um discurso, isso porque o seu não atendimento inviabiliza a plausibilidade do discurso.<sup>37</sup> Verificam-se, desta maneira, que as disposições contidas nesse conjunto de regras são pressuposições lógicas de um discurso e, portanto aplicável a todas as áreas do conhecimento que tenham a linguagem como objeto, pois objetivam a viabilização da comunicação entre as partes.

A norma estatuída no ponto (1.1) tem seu fundamento no intuito precípua do convencimento/aceitação de outrem. Ocorre que, para que isso aconteça se faz necessário que o discurso proferido se estabeleça mediante um juízo de certeza da fala, de modo que se assim não for estabelecido sofre o risco de não ser levado em consideração, a esse regramento se atribuí a qualificação da credibilidade do discurso.

---

<sup>35</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas fronteiras da argumentação: A discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 87.

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 51.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 187.

Como expoente do discorrido, destaca-se o fato de a decisão judicial como regra não poder ser prolatada mediante um critério de probabilidade, tal que o magistrado quando decide um lítigio o faz sobre um juízo de certeza do pronunciamento proferido.<sup>38</sup> Reafirma-se assim o caráter cogente do pronunciamento judicial, porquanto proveniente do exercício do poder jurisdicional, investido ao juiz a quem compete dizer o Direito.<sup>39</sup>

Nesse sentido é possível destacar na sistemática processual vigente, como exceção ao regramento exposto a possibilidade de concessão de tutela de urgência, na medida em que nessa se dispensa o caráter de certeza, substituindo-o pelo critério de probabilidade.<sup>40</sup> Em que pese o assunto possa dispor de maiores aprofundamentos não se perfaz esse o objeto do estudo, de modo que por ora apenas se ressalta seu viés atípico. Assim, restringe-se para a presente análise à observação de que na situação da tutela de urgência a própria legislação prevê uma hipótese autorizativa de ressalva ao juízo de certeza indicado, o que só reafirma ser esse o fundamento precípua do pronunciamento jurisdicional de conteúdo decisório.

Ademais, pontua-se ainda como corolário da concepção de certeza o caráter deontológico da formulação jurídica, na medida em que por estar consolidada num “dever-ser”, destina-se a regulação da conduta,<sup>41</sup> de modo que tal especificação se constitui em elemento indispensável a consolidação de um melhor juízo de certeza sobre a resolução do caso.

Assim, tem-se que é imprescindível para uma decisão judicial pretenciosamente correta a coerência de sua enunciação, bem como sua determinação, de modo que prescrições contraditórias inviabilizam não só sua racionalidade, como por pior seu próprio cumprimento. Nesse sentido se faz relevante pontuar que a coerência não é pressuposto de existência do ato decisório, isso porque o seu descumprimento não tem o condão de descaracterizar tal pronunciamento como decisão judicial, embora se preceitue que sua observância melhor qualifica sua correção.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 70.

<sup>39</sup> MARINONI, Luiz Guilherme ; ARENHART, Sérgio Cruz ; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento cogtum**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 75.

<sup>40</sup> VARGAS, Daniel Vianna. Da tutela antecipada antecedente no novo CPC: Breve observações. In: **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, p. 106-113, set. – out., 2015. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista70/revista70\\_106.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista70/revista70_106.pdf)>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 51.

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 267.



Visto isso, é possível concluir que na regra (1.1) se encontra preconizada à coerência lógica do discurso, no sentido de que o indivíduo orador se posicione e construa sua fala sobre um posicionamento inequívoco. Esse entendimento se apresenta como condição necessária ao estabelecimento da comunicação linguística pretensa à aceitação ou correção, como é o caso do discurso jurídico.<sup>43</sup>

Seguindo a mesma lógica, a regra prescrita no ponto (1.2) complementa o mandamento anterior, pois evidencia a crença subjetiva do orador como ponto de partida da formulação do discurso. Tal afirmação subsiste na ideia de que acreditando no que expõe, admitida à veracidade de sua proposição, poderá o indivíduo portar-se de modo coerente no discurso, assim como melhor dispor de meios para argumentar o que diz.

Percebe-se então que em que pese não dotar de critérios aptos ao descobrimento de uma verdade absoluta, porquanto rechaçada essa possibilidade diante do caráter interpretativo das disposições normativas, conduz-se o referido regramento a busca por seu atingimento, mesmo que de modo não compartilhado pois tem-se que só assim será possível a prolação de uma decisão judicial justa.<sup>44</sup> Visto desta maneira é possível identificar na legislação processual vigente o dever atribuído aos sujeitos da relação processual, onde se inclui o magistrado, de se portarem de acordo com a verdade.<sup>45</sup>

Nesse ponto, ressalta-se ser o referido dever consectário direto do princípio da boa-fé, estatuído na sistemática processual como norma fundamental, onde se lê “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.<sup>46</sup> Por conseguinte, verifica-se que para que a relação jurídica processual se desenvolva deverá prevalecer entre seus partícipes a fidedignidade.

À luz do exposto o próprio Alexy enuncia que o regramento da veracidade no discurso é pressuposto para o afastamento das inverdades, isso porque tal comportamento só poderá ser coibido se previamente estabelecido o dever de pautar-se de modo sincero.<sup>47</sup> Logo, tem-se que para que se admita o engano, primeiramente, deve-se inferir o compromisso com a verdade.

---

<sup>43</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas fronteiras da argumentação: A discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 87.

<sup>44</sup> TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 22/23.

<sup>45</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional, art. 77.

<sup>46</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional, art. 5.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 188/189.

Seguindo essa premissa, a regra inserta no ponto (1.3) estabelece o Princípio da Universalidade proposto por Hare, aplicado ao discurso, na medida em que pressupondo sua construção lógica, determina que diante de situações semelhantes, deva o orador se pautar, em ambas, do mesmo modo.<sup>48</sup> Destarte, tem-se diante dessa formulação a adoção de um comportamento universal para uma determinada hipótese, de modo a garantir uma igualdade de tratamento quando da ocorrência de situações equivalentes.

Caracteriza-se desta maneira mais uma tratativa destinada à preservação da coerência do discurso empreendido, tal que mesmo passível de conteúdo subjetivo a decisão judicial prolatada diante de um caso concreto, deverá ser também adotada para resolução de caso similar. Com isso se tem, por si só, a demonstração da racionalidade do entendimento firmado diante da adoção de um critério para tomada da decisão.<sup>49</sup>

Por último, a fim de arrematar o regramento fundamental para o estabelecimento do discurso, o mandamento expresso no ponto (1.4) prescreve a padronização da linguagem usada como meio de comunicação entre as partes do discurso. A disposição em questão tem seu fundamento na comunicabilidade entre orador e ouvinte, de modo que a linguagem e as expressões utilizadas por ambos devem coincidir em suas significações, sob o risco de não se alcançar o consentimento/aceitação almejado.<sup>50</sup>

Diante da diretriz supracitada, destaca-se ser necessário para o estabelecimento do diálogo entre partes, a enunciação do significado atribuído às expressões utilizadas, tal que a cada participante se atribui o ônus explicativo de seu discurso. Visto desta maneira, tem-se que hodiernamente já se entende como também aplicável aos sujeitos da relação processuais, o dever de fundamentação de suas postulações / pronunciamentos.<sup>51</sup>

Deduz-se, por isso que a coerência e a concordância do discurso se apresentam não tão somente pelo desempenho da atividade do orador preponderante, que no caso de um processo judicial, se afigura no magistrado, mas também de seus demais partícipes, haja vista que a relação processual, assim como um discurso, jamais se estabelece de forma singular.

---

<sup>48</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 52.

<sup>49</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 74/75.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 53.

<sup>51</sup> DIDIER JR., Fredie ; PEIXOTO, Ravi. *In*: ALVIM, Teresa ; CIANCI, Mirna ; DELFINO, Lucio. **Novo CPC aplicado: Visto por processualistas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 97.

Pensado dessa maneira eis que se consolida como norma fundamental do processo civil contemporâneo o princípio da cooperação<sup>52</sup>, norma que estabelece como diretriz processual a colaboração dos sujeitos envolvidos para com o processo, no qual está também o magistrado submetido à sua efetivação. Nesse diapasão Daniel Mitidiero afirma que a relação jurídica processual cooperativa se traduz para o magistrado no dever de esclarecimento para com as partes, tal que devem ser pontuados entre o demandante, o juiz, e demandado, os sentidos atribuídos, como pressuposto do estabelecimento dentre eles de um diálogo.<sup>53</sup>

Visto isso, concluem-se assim as disposições acerca das Regras Fundamentais. A partir destas foram elencados os pressupostos de formação do discurso, também aplicáveis ao discurso jurídico, sem as quais não haveria de se em falar diálogo destinado a uma pretensão de correção, ou, de verdade.<sup>54</sup>

Nesse delineamento, dando continuidade ao estudo dos mandamentos do discurso prático geral, se segue então as Regras da Razão<sup>55</sup>, assim definidas:

- (2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.
- (2.1) Quem pode falar pode tomar parte no discurso.
- (2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.
- (b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.
- (c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.
- (2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna e externa ao discurso.

Uma vez estabelecido o discurso entre as parte, porquanto preenchidos os pressuposto das regras fundamentais, sobrevém os mandamentos concernentes as Regras da Razão, as quais tem seu fundamento no desenvolvimento regular daquele, mediante a justificação das premissas estabelecidas na fala inicial, no intuito de lhe conferir racionalidade.<sup>56</sup> Desta maneira se firma,

---

<sup>52</sup> BRASIL. Lei N° 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

<sup>53</sup> MITIDIEIRO, Daniel. **A colaboração como modelo e como princípio no processo civil**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/10250562/Coopera%C3%A7%C3%A3o\\_como\\_Modelo\\_e\\_como\\_Princ%C3%ADpio\\_no\\_Processo\\_Civil?auto=download](https://www.academia.edu/10250562/Coopera%C3%A7%C3%A3o_como_Modelo_e_como_Princ%C3%ADpio_no_Processo_Civil?auto=download)>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

<sup>54</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas fronteiras da argumentação: A discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 87.

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 191.

<sup>56</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas fronteiras da argumentação: A discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 87.

então, um progresso discursivo de construção argumentativa de um resultado comum, a partir da colaboração de seus participantes.

Nesse sentido tem-se que o ponto (2) consolida o caráter argumentativo do discurso na medida em que atribuí ao orador o dever de fundamentar suas premissas sempre que lhe for solicitado.<sup>57</sup> Tal característica permite a circularidade do discurso, qual seja a participação de todos envolvidos em detrimento da arbitrariedade do orador, haja vista sua preponderância na condução das falas.

Ademais, pode-se dizer, a partir da supramencionada regra que a fundamentação é característica indissociável do discurso, quer seja para a justificação de suas premissas, quer seja para a legitimação da negativa de apresentação de suas razões. Tal assertiva se consolida no fato de que atribuído ao orador o dever de fundamentação de suas afirmações, lhe incumbirá também à justificativa de sua negativa ou impossibilidade de fazê-lo.<sup>58</sup> Conclui-se assim, ser o dever de fundamentação o limite precípuo de atuação do orador contra seus avanços e similarmente seus recuos.

Perseguindo esse entendimento o ponto (2.1) fixa como pré-requisito para participação no discurso o poder de fala do indivíduo, haja vista ser esse o meio de comunicação entre partes sob a qual se desenvolverá o discurso argumentativo. Do mesmo modo, a referida regra pré-estabelece um critério isonômico de participação que, alheio as características pessoais dos indivíduos, permeia a liberdade de expressão e o caráter não discriminatório do discurso.<sup>59</sup>

Por sua vez a regra do ponto (2.2) e seus desdobramentos (a), (b) e (c) tem por finalidade garantir a liberdade de discussão e expressão dos participantes de um discurso, na medida em que veda qualquer tipo de restrição à manifestação das partes.<sup>60</sup> Caracterizam-se, assim, os referidos mandamentos, como verdadeiros direitos conferidos aos participantes do discurso e, portanto garantia desses contra as restrições que lhe forem indevidamente impostas.

Visto dessa maneira, se traduz o regramento supracitado na garantia do princípio do contraditório como norma fundamental no desenvolvimento da relação jurídica processual.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 54.

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 54.

<sup>59</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 55.

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 191.

<sup>61</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

Corroborar com o exposto a caracterização da referida norma no trinômio, informação-reação-participação, de modo que sua concretização impõe a oportunização das partes de se manifestarem no processo e ainda mais, que com suas alegações possam problematizar o diálogo estabelecido por meio do poder de influência de suas aceções.<sup>62</sup>

Diante do exposto, tem-se que a asserção (2.3) consolida o entendimento dos pontos que lhe antecedem e os fixa como regra geral aplicável a todos os indivíduos, com a finalidade primordial de garantir o respectivo cumprimento e manter a dialogicidade do discurso. Nesse quesito, destaca-se ser o discurso uma confluência de falas livres, sob a qual não poderá incidir coação sob pena de se macular seu resultado à arbitrariedade de quem a exerce. Em conformidade com o exposto Alexy bem pontua que:

Quem fundamenta algo pretende, no mínimo, pelo menos no que diz respeito ao ato de fundamentar, aceitar os outros como parceiros de fundamentação igualmente legitimados e não exercer ele próprio coação ou apoiar-se em coação exercida por outros.<sup>63</sup>

Novamente pode-se correlacionar essa perspectiva com o modelo cooperativo de processo estatuído pelo código vigente<sup>64</sup> na medida em que estabelece como consectário de sua observância o desenvolvimento da relação jurídica processual de modo isonômico, tal que dentre os sujeitos envolvidos não subjaz hierarquia.

Isto posto, prevalece o entendimento contrário ao modelo processual assimétrico, na medida em que à luz da colaboração o magistrado desempenha papel preponderante somente quando da prolação da decisão judicial, e que mesmo assim deve ser constituída sobre uma lógica argumentativa.<sup>65</sup> Logo, impera na relação jurídica processual também a vedação a coação, como fundamento de desenvolvimento regular do processo.

---

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

<sup>62</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro Da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. *In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 147-159, jul./set. 2012.

<sup>63</sup> ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 55.

<sup>64</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

<sup>65</sup> BONNA, Alexandre Pereira. Cooperação no processo civil: a paridade do juiz e o reforço das posições jurídicas das partes a partir de uma nova concepção de democracia e contraditório. *In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 85, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=107655>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

A partir desses pressupostos, afere-se então que as Regras da Razão se propõem a impressão de validade do discurso, na medida em que permeia seu transcurso livre de constrangimentos. Visto isso, entende-se que tais regras é o que sustenta a pretensão de correção do discurso, bem como sua racionalidade daí a denominação regras da razão.<sup>66</sup>

Com esteio nesse panorama o terceiro grupo de regras, erigido como Regras Sobre a Carga de Fundamentação<sup>67</sup> traz novas disposições, expressas nos seguintes mandamentos:

- (3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo.
- (3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso.
- (3.3) Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.

Diferentemente dos comandos normativos anteriores, o grupamento de regras supracitadas estabelece parâmetros de distribuição e extensão do ônus argumentativo entre os participantes de um discurso.<sup>68</sup> Nesse sentido é possível assegurar que as normas transladadas evidenciam o caráter argumentativo do discurso, ao passo que estabelecem como consequência de um pronunciamento, a carga de fundamentação das proposições aduzidas.

Por conseguinte se tem, previamente estabelecidas, hipóteses de aprofundamento da fundamentação das premissas de um discurso, cuja finalidade precípua é a manutenção da coerência e racionalidade daquele. Tal assertiva decorre do fato de que os discursos lógicos exigem um elevado dever argumentativo.<sup>69</sup>

Desta maneira, no que concerne à regra inserta no ponto (3.1), afere-se já à primeira vista o alargamento da carga argumentativa atribuída ao participante que vai de encontro à regra da igualdade imposta ao discurso.<sup>70</sup> Assim, verifica-se que o afastamento do referido mandamento importa para quem o faz um ônus argumentativo acrescido, como método de constranger a possível arbitrariedade incerta na disparidade de tratamento de situações semelhantes.

<sup>66</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas fronteiras da argumentação: A discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 87.

<sup>67</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 194-195.

<sup>68</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 56.

<sup>69</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 194.

<sup>70</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 56.

Igualmente, a regra disposta no ponto (3.2) cinge o conteúdo das participações no discurso as temáticas que dizem respeito ao seu objeto, isso porque a abstração desmedida afasta a coerência lógica. Nesse sentido de modo objetivo Alexy deduz que “para que algo seja objeto do discurso, tem de ser afirmado ou tem de ser questionado indicando uma razão para isso”.<sup>71</sup>

Nesse quesito se faz necessário pontuar que tal restrição não se opõe a liberdade de expressão dos participantes do discurso, nem tão pouco ao seu caráter argumentativo, pois apenas o estrutura de modo que se estabeleça um limite. Logo se vislumbra que a restrição imposta tem como parâmetro de verificação a própria justificação, de modo que a intervenção inovadora só será permitida se justificada / motivada.<sup>72</sup>

Traduzida para a sistemática processual vigente é possível identificar a aplicabilidade desse regramento na preclusão da invocação de novos argumentos pelo réu após a apresentação da contestação, hipótese prevista no art. 332, inciso I do CPC<sup>73</sup>, a qual admite como exceção justificada à apresentação / comprovação de uma causa superveniente. Logo a inserção de questão não objeto da relação jurídica processual já estabelecida, dependerá da argumentação de quem a aduz, no caso o réu, pela impossibilidade de fazê-lo outrora.

Seguindo o mesmo entendimento, a regra inserta no ponto (3.3) impõe uma maior densificação da fundamentação de uma premissa quando em apresentado por algum dos participantes um contra-argumento. Tal assertiva encontra embasamento lógico no fato de que “se o interlocutor, obrigado pela regra de fundamentação, deu uma razão, só está obrigado a uma nova resposta em caso de contra-argumento”.<sup>74</sup>

A determinação tem como função precípua a delimitação do dever de apresentar razões, uma vez que se não for assim colocado poderia conduzir ao questionamento contínuo, como ocorre com uma criança que irracionalmente questiona “por que?”.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 194.

<sup>72</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 57.

<sup>73</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

Art. 342. Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando:

I - relativas a direito ou a fato superveniente;

<sup>74</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 194.

<sup>75</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 56.

Igualmente é possível identificar como consectário o aprofundamento do discurso, de modo que questões mais complexas, quais sejam, aquelas que abrangem maior número de posicionamentos divergentes, exigem um maior detalhamento de sua justificação, a fim de se contraporem os contra-argumentos que lhe forem dirigidos.

Ademais se certifica ainda que o regramento apresentado traz em seu bojo o caráter consensual do discurso, na medida em que propõe a construção desse a partir da densidade de sua fundamentação<sup>76</sup>, porquanto elaborada em contraponto a entendimentos racionais divergentes. Deve-se, então considerar que a partir desse pressuposto o discurso poderá então ganhar melhor estabilidade e passar a consolidar sua coerência lógica mediante a sobreposição de suas contrariedades.

Por fim, enunciadas as Regras do Discurso Prático Geral, afere-se que tais regramentos enunciam uma racionalidade mínima ao discurso, na medida em que tomam como fundamento preponderante uma pretensão de correção. Nesse quesito pontua-se, que conforme demonstrado, a observância integral dos mandamentos apresentados não se presta ao alcance um resultado único ou tomado como verdadeiro<sup>77</sup>, haja vista não ser a verdade algo absoluto.<sup>78</sup>

Constata-se, nesse diapasão que as regras retratadas podem ser incorporadas à ciência jurídica, na medida em que leva em consideração ser o processo judicial constituído num discurso jurídico formado, minimamente, por um juiz, um réu e um autor.<sup>79</sup> Do mesmo modo, conforme fora demonstrado ao longo da tratativa, em diversas passagens as disposições retratadas se identificam com a sistemática processual brasileira, o que pressupõe sua aplicabilidade no ordenamento jurídico vigente.

Com esta afirmativa não se pretende negar que as regras enunciadas são válidas para todas as ciências que fundamentem seu objeto de estudo por meio da comunicação entre partes, todavia enfatiza-se sua exata aplicabilidade ao discurso jurídico enquanto método de racionalização da construção da decisão judicial. Tal característica se perfilhará mais contundente na tratativa específica sobre o tema que se dará no capítulo terceiro deste trabalho.

Por ora, se faz suficiente o conhecimento dos mandamentos que compõe a teoria prática do discurso geral, como pressuposto de introdução dessas regras a seara jurídica, de modo que

---

<sup>76</sup> SILVA, Beclate Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 70.

<sup>77</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 67.

<sup>78</sup> SILVA, Beclate Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 70.

<sup>79</sup> CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007, p. 92.



se passará a avaliar a sua aplicabilidade diante das especificidades inerentes ao Direito, sob a perspectiva do autor, a fim de então consolidar sua Teoria da Argumentação Jurídica.

### 1.3 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM ESPÉCIE

Em considerada as especificidades teóricas e práticas concernentes à ciência jurídica, a Teoria da Argumentação Jurídica, se perfaz para Alexy um caso especial do Discurso Prático Geral.<sup>80</sup> Nesse sentido entende-se que para além das regras contidas naquele, ao Direito aplicam-se ainda outros mandamentos, quais sejam, os admitidos no ordenamento jurídico.

Segundo o autor a ciência jurídica se diferencia das demais ciências mediante três aspectos: sua acepção prática, por considerar que sua materialização depende da verificação uma hipótese fática, sua pretensão de correção, decorrente da aceitabilidade e compatibilidade de seus resultados e por último sua limitação, expressa na sua vinculação ao que é determinado pelo ordenamento jurídico.<sup>81</sup>

No que concerne a sua aplicabilidade prática, tem-se por reavivada a finalidade precípua do Direito, a regulamentação da conduta humana, de modo que assim como na argumentação prática geral versa sobre o que é comandado, proibido ou permitido.<sup>82</sup> Nesse ponto, destaca-se o conceito de norma jurídica enquanto enunciado prescritivo, que tem em sua composição a descrição de uma situação hipotética, na qual, sendo verificada sua ocorrência, deverá incidir determinada consequência.

É sob este panorama, em que a interpretação do Direito coaduna com a sua aplicação e evidencia a caracterização prática da ciência jurídica, de modo a patentear sua conformação a partir de um caso concreto ou ao menos hipotético. Conclui-se, então, que pensar o Direito exige um olhar sobre uma conjuntura, sem a qual não é possível estruturar um raciocínio lógico e coerente em sua completude.

Insere nessa perspectiva é que a ciência jurídica tem seu ápice na processualística, momento pelo qual o Direito se constitui verdadeiro solucionador de conflitos reais. No processo há, portanto por meio da prolação da sentença a enunciação da norma jurídica

---

<sup>80</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 210.

<sup>81</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 210-211.

<sup>82</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 93.

individual do caso concreto, construída a partir da confrontação do ordenamento jurídico e da situação fática que o permeia, e vice-versa, motivo pelo qual se faz preponderante o desenvolvimento de uma teoria argumentativa, legitimadora de sua prospecção.<sup>83</sup>

Decorrente dessa asserção a segunda dessemelhança da ciência jurídica para as demais se consolida em sua pretensão de correção. Tal característica deve ser compreendida na busca pela concordância do resultado aferido com aplicação da norma e o sistema jurídico, não no sentido de que possa existir uma acepção exclusiva e verdadeira entre aqueles, mas que se possa deduzir de seu enfrentamento um resultado racionalmente construído.<sup>84</sup> Em concordância com o exposto Alexy defende que:

O processo judicial é, assim como o procedimento legislativo, um procedimento institucionalizado. Suas regras são feitas de tal modo que depois da conclusão do procedimento há sempre somente uma possibilidade. Não só argumenta-se; além disso decide-se. A decisão não implica porem um abandono da razão. Tanto as regras do processo judicial quanto sua execução e seus resultados podem ser justificados e criticados racionalmente [...].<sup>85</sup>

Noutro ponto, pode-se também afirmar que a pretensão de correção preceituada na Teoria da Argumentação Jurídica, inerente à ciência jurídica, cinge a aproximação e adequação do Direito e da Moral.<sup>86</sup> Por conseguinte, destaca-se que a legitimidade da decisão judicial perpassa sua aceitabilidade perante a sociedade, não sendo suficiente sua exclusiva correção mediante o ordenamento jurídico.<sup>87</sup> Todavia, enfatiza-se não se tratar tal pretensão de uma definição da decisão judicial em bom ou mal, sendo tão somente determinada sua aspiração a admissibilidade.

Como corolário dessa pretensão de correção se coloca a fundamentação da decisão judicial.<sup>88</sup> Deve-se compreender que a justificação de uma decisão, mediante a enunciação de seus argumentos, permite a contraposição de suas razões, bem como seu cotejo frente ao

<sup>83</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie ; BRAGA, Paula Sarno ; OLIVEIRA, Rafael Alexandria De. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Vol. 2. 13ª Ed. Atual. R. e Ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 357.

<sup>84</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 212.

<sup>85</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 89.

<sup>86</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213.

<sup>87</sup> PEIXOTO, Fabiano Hartmann. A Decisão Judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil e a Aplicação da Teoria dos Princípios de Robert Alexy: A Ponderação como Estratégia de Argumentação Jurídica. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 43.

<sup>88</sup> ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 63.

ordenamento jurídico e valores sociais, fatores esses que por si só evidenciam sua busca pela correção.

Conclui-se, assim que a fundamentação se perfaz a materialização da pretensão de correção do discurso jurídico, e que sua ausência constitui uma incorreção substancial insuperável. Nesse sentido Alexy esclarece que “portanto, há razões para dizer que a pretensão de correção de uma decisão não a priva necessariamente do seu caráter de decisão válida, mas a torna defeituosa em um sentido relevante não só moralmente”.<sup>89</sup>

Visto isso eis que se esclarece a terceira característica própria do Direito e também a de maior notoriedade que se apresenta no liame vinculante existente entre o discurso jurídico e o ordenamento jurídico no qual está aquele inserido. Como advertência se destaca tratar tal vinculação não, exclusivamente, do discurso jurídico para com a lei, em que pese ser essa sua limitação mais expressiva, mas também para com todos os institutos admitidos pelo sistema, dentre os quais se pontua os precedentes e a própria dogmática.<sup>90</sup>

Nesse sentido deve-se compreender a limitação do Direito ao ordenamento jurídico no qual está inserido, de modo que a confrontação de suas acepções para com aquele é que aferirá sua correção. Logo, diferentemente das demais ciências, a jurídica tem como limitação a comprovação da pertinência junto ao sistema à que pertence, de suas premissas, assim como de seu resultado.<sup>91</sup>

Diante dessa verificação tem-se que dotada de um grau elevado de vinculação, a pretensão de correção inerente à ciência jurídica se evidencia na justificação do discurso jurídico, que se dá sobre duas perspectivas, interna e externa, conforme se verá detalhadamente.

### 1.3.1 Justificação Interna

Em tomada a lei como fonte máxima do Direito, a norma jurídica, produto da atividade interpretativa do texto legislativo, é parâmetro imprescindível à justificação de um discurso jurídico. Nesse contexto, compreendida pela conjunção de dois preceitos, a norma jurídica traz

---

<sup>89</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213.

<sup>90</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 88.

<sup>91</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 217.

em seu bojo um “ser”, relato de uma situação hipotética, e um “dever ser”, conseqüente condicionado a verificação do “ser”.<sup>92</sup>

Destarte, configura-se que para resolução de um conflito diante de um caso concreto, caberá ao intérprete proceder com a interpretação do texto normativo, a fim de compreender a norma jurídica nele descrita, para assim aferindo a correspondência da hipótese fática em comento para com aquela, decidir pela incidência do conseqüente sob o caso.

Com base nessa aferição que a justificação interna do discurso jurídico se caracteriza pela enunciação do silogismo jurídico aplicado a resolução do caso<sup>93</sup>, qual seja aquele apreendido na subsunção do fato em concreto à norma jurídica que o disciplina e assim lhe impõe um “dever ser” como conseqüente.

Sob este parâmetro, constata-se que diferentemente de outras proposições a Teoria da Argumentação Jurídica proposta por Alexy<sup>94</sup> não rechaça a aplicabilidade do método subsuntivo clássico à resolução dos conflitos, ao contrário o prevê como dever de fundamentação do discurso jurídico. Ocorre que, reconhece o autor se esse método insuficiente à resolução da maior parte dos casos jurídicos, isso porque as normas jurídicas são dotadas de textura aberta.<sup>95</sup>

Compreende-se assim que a simples exposição do regramento normativo aplicado ao caso não cumpre satisfatoriamente o ônus lógico argumentativo do discurso, na medida em que não oportuniza a discussão, entre partes, a respeito de sua aplicabilidade. Inseto nessa perspectiva, verifica-se que a justificação do discurso nem sempre se caracterizará pela enunciação de uma disposição normativa, na medida em que podem existir conflito entre normas ou mesmo lacuna normativa, hipótese essa sob a qual a racionalidade será constituída no discurso empreendido.<sup>96</sup>

Nesse sentido, destaca-se que resultante de uma atividade interpretativa e, portanto intelectual, a enunciação de uma norma jurídica individual do caso concreto e a sua correspondente aplicação a um fato pode se caracterizar arbitrária quando não justificado como se chegou a ela. Por conseguinte o silogismo jurídico, instituído pelo detalhamento lógico da

<sup>92</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Os limites linguísticos-legislativos da discricionariedade judicial**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194909/000861776.pdf>>. Acesso em: 02 de mai. de 2018.

<sup>93</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 219.

<sup>94</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 219.

<sup>95</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 92.

<sup>96</sup> ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 65.

premissa maior (norma jurídica), da premissa menor (fato) e sua conclusão (consequente), assegura ao menos o desencadeamento lógico da tese deduzida e, então a racionalidade das premissas empreendidas.<sup>97</sup>

Sob esta perspectiva, Alexy<sup>98</sup> defende que no modelo de justificação interna do discurso jurídico se perfaz plenamente viável a utilização dos cânones hermenêuticos clássicos de interpretação (literal, gramatical, histórico, teleológico e sistemático) como vetores de elucidação do comando normativo disposto no texto normativo. Logo, tem-se que os cânones atuam numa melhor enunciação da premissa maior (norma jurídica), lhe servindo como argumento explicativo.

Entretanto, encontra-se ainda a crítica do autor ao fato de não subsistir uma hierarquia formada entre os cânones, de modo que sua simples utilização pode conduzir a resultados numerosamente díspares.<sup>99</sup> Por conseguinte, em que pesem serem auxiliares indispensáveis a interpretação das norma jurídicas os preceitos tradicionais não se prestam a sua integral racionalização.

Desta maneira conclui, acertadamente, o autor que os métodos clássicos de hermenêutica não são suficientes à resolução de um caso concreto, pois se limitam a justificação da premissa maior do silogismo jurídico - a norma jurídica - sem se preocupar com as demais premissas e nem com seu resultado. Todavia a sua incompletude não quer dizer que devam a toda hipótese serem afastados, notadamente porque conforme apontado os cânones desempenham um papel relevante na elucidação da norma jurídica.

Pensando assim, Alexy conclui que “a debilidade dos cânones de interpretação apresentada acima não significa que devam ser descartados como sem valor. Mas ela também exclui a possibilidade de usá-los como regras suficientes por si mesmas para a fundamentação de decisões jurídicas”.<sup>100</sup>

Seguindo o mesmo entendimento o autor assevera também que a utilização dos cânones hermenêuticos deve ser procedida de maneira argumentativa, na medida em que a simples enunciação de seu preceito não se perfaz suficiente à fundamentação da norma jurídica extraída do texto normativo. Nesse parâmetro é possível que haja a hierarquização dos cânones, no que

<sup>97</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 228.

<sup>98</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 242.

<sup>99</sup> ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 65.

<sup>100</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 21.

diz respeito a sua aplicabilidade ao caso sob análise, de modo que diante de determinada situação hipotética um se faça preponderante em relação ao demais.<sup>101</sup>

Ocorre que, independentemente de qual cânone clássico se venha a utilizar para a resolução de um conflito, seja um ou todos, se faz necessária à saturação de todas as hipóteses, haja vista ser esse pressuposto de racionalização do discurso jurídico.<sup>102</sup> Mesmo nos casos difíceis, em que diante da abstração normativa não se consiga com a utilização dos métodos clássicos se chegar à compreensão integral de todas as hipóteses de incidência normativa contida no texto, ainda sim se deve proceder a saturação fundamentada dos cânones interpretativos.

Notadamente, conforme se verifica a funcionalidade inerente à justificação interna do discurso jurídico diz respeito à fundamentação dos elementos intrínsecos a demanda, quais sejam, a norma, o fato e o produto de seu enquadramento aquela. Nesse momento, tem-se a elucidação do conflito ou de uma hipótese pela simples subsunção desse às disposições normativas contidas no ordenamento jurídico, retomando ser esse o ponto de partida para o desenvolvimento do discurso jurídico.<sup>103</sup>

Inobstante tais reflexões, se faz necessário reiterar que conforme esposado pelo próprio autor não tem a justificação interna do discurso, o anseio de consolidar uma resposta absoluta sobre a formação do silogismo jurídico, ao qual está vinculada sua metodologia e seu resultado. O que se pretende com sua exposição é consolidar uma pretensão de correção, racionalmente instituída, sob o discurso jurídico que se formula e assim permitir que sejam revistas e contra argumentadas suas disposições.

Do mesmo modo, evidencia-se o distanciamento da Teoria da Argumentação dos desígnios psíquicos, insertos na pessoa do orador, e sua influência na formação do discurso jurídico, notadamente por sua inacessibilidade e carência de racionalidade.<sup>104</sup> Por conseguinte, tem-se que quando em constatada uma variável de conceituações interpretativas atribuídas a uma norma jurídica, caberá à justificação interna, a verificação de sua inserção na moldura jurídica.

---

<sup>101</sup> KRELL, Andreas J. **Entre Desdém Teórico e Aprovação na Prática: Os Métodos Clássicos de Interpretação Jurídica**. Revista DireitoGV, n. 19, São Paulo, 2014, p. 307.

<sup>102</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 243.

<sup>103</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 246-247.

<sup>104</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa De. **Teoria do direito e da decisão racional: Temas de teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 360-361.

Assim a procedimentalização da justificação interna do discurso se constitui na aferição do resultado apreendido pelo método subsuntivo e sua compatibilidade junto ao ordenamento jurídico, e não a razão de sua escolha em detrimento das demais acepções que lhe são possíveis, situação essa que somente será verificada na justificação externa.<sup>105</sup>

Conclui-se, então que passível de subjetividade por seu caráter interpretativo, a norma jurídica e sua subsunção ao fato devem ser justificadas por meio da enunciação do silogismo jurídico aplicado ao caso que culminou na produção dos efeitos elencados. Tal formulação não ascende à verdade inconteste do discurso jurídico, e sequer tem essa pretensão, todavia traz à discussão critérios de racionalidade que se consolidam como parâmetro para o cotejo de sua correção.

### 1.3.2 Justificação Externa

Em observada a limitação da justificação interna do discurso jurídico à conformação da norma jurídica ao fato e sua adstrição aos elementos intrínsecos a demanda (fato e norma), tem-se que a sua simples utilização se perfaz insuficiente à justificação do discurso jurídico em sua completude, notadamente no que concerne aos seus argumentos externos, haja vista estar restrita aos argumentos provindos do direito positivo.<sup>106</sup>

É com base nessa assertiva que a justificação externa do discurso jurídico se classifica em seis grupos: as Regras e Formas de Interpretação (Lei), a Ciência do Direito, o Precedente, a Argumentação Prática Geral (Razão), e a Argumentação Empírica (Empírico) e as Formas Especiais de Argumentos Jurídicos.<sup>107</sup>

No que concerne às regras e formas de interpretação das leis, Alexy<sup>108</sup> faz alusão à utilização dos cânones clássicos de interpretação como meio de racionalização da atividade interpretativa, especificamente no que concerne ao estabelecimento de um ponto de partida. Nesse sentido, também se aplica aqui todo o detalhamento esposado a respeito da temática quando da exposição da justificação interna do discurso jurídico, motivo pelo qual não será novamente abordado.

<sup>105</sup> ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 67-68.

<sup>106</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas fronteiras da argumentação: A discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 89.

<sup>107</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 229.

<sup>108</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 231.

Seguindo adiante, tem-se na Ciência do Direito, o segundo critério relevante de fundamentação do discurso jurídico. Destaca-se assim a relevância da dogmática jurídica na consolidação dos argumentos haja vista sua desenvoltura para com “(1) a descrição do direito vigente, (2) sua análise sistemática e conceitual e (3) a elaboração de propostas para a solução de casos jurídico-problemáticos”.<sup>109</sup>

A reverberação da dogmática jurídica na consolidação do Direito, qual seja no direcionamento da atividade jurisdicional, ganha contorno com a Teoria da Argumentação Jurídica proposta por Alexy, pois nela se reconhece sua utilização enquanto fundamento do discurso jurídico. Nesse sentido, assevera-se o papel preponderante da doutrina na teorização normativa de soluções para os conflitos jurídicos que se apresentam na sociedade, uma vez que poderão ser utilizados nos tribunais como parâmetro de decidibilidade.

Pensando assim, Atienza<sup>110</sup> confere a Teoria da Argumentação Jurídica uma classificação positiva da dogmática jurídica, na medida em que defende ser atribuída a essa o papel de estabilização do Direito, controle, técnica, heurística bem como seu progresso. Sem dúvida todas essas acepções condizem com as funções, hodiernamente, conferidas à dogmática jurídica, razão pela qual já a época se apresentavam inovadoras.

Como terceiro critério de justificação externa do discurso jurídico, a utilização do precedente se corresponde com o princípio da universalidade, fundamento máximo do discurso jurídico, assim como com a manutenção da coerência do ordenamento jurídico.<sup>111</sup> Nesse ínterim, tem-se que a utilização do precedente como argumento de um discurso é plausível desde que concernente à mesma hipótese fática do processo em análise, único motivo pelo qual se justifica a aplicação de decisão judicial proferida em outro processo, cujas partes eram outras.<sup>112</sup>

Em sentido contrário, entende-se por cabível a diferenciação de tratamento jurídico a situações correlatas, diante da existência de um precedente sob o caso, desde que seja fundamentado seu discernimento. Evidencia-se, portanto uma densificação argumentativa a ser enfrentada, haja vista a consolidação de um contra argumento, esposado no precedente a ser

<sup>109</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 247.

<sup>110</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 177.

<sup>111</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 268.

<sup>112</sup> DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. In: **Revista UNIFACS**, Salvador, n. 175, 2015. Acesso em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>>. Acesso em: 15 de abril de 2018.



superado. Tal assertiva encontra esteio no fato de a jurisprudência absorver em grande parte a dogmática jurídica desenvolvida na problematização do conflito anterior a sua judicialização.<sup>113</sup>

Nesse sentido, correlaciona-se a preponderância atribuída na teoria desenvolvida por Alexy da observância dos precedentes judiciais, assim como fora também incorporado pela sistemática processual brasileira a partir da introdução do art. 927 no CPC.<sup>114</sup> Consolida-se dessa maneira, o tratamento similar conferido à jurisprudência de caráter vinculante consolidada pela legislação processual e pela teoria da argumentação jurídica proposta pelo autor, na medida em que ambas as hipóteses o precedente se constitui como parâmetro de argumento racional.

A argumentação prática geral, enunciada como o quarto critério de justificação externa do discurso jurídico, se apresenta como a aplicabilidade das Regras do Discurso Prático Geral à seara jurídica, lhe servindo, portanto de parâmetro lógico argumentativo. Nesse sentido, aplicam-se ao discurso jurídico as regras gerais comportamentais de um discurso construído argumentativamente entre as partes, de modo que a argumentação jurídica tem seu fundamento naquelas.<sup>115</sup> Tais mandamentos já foram outrora especificados, quando da tratativa das regras do discurso prático.

O quinto critério, considerado para justificação externa do discurso jurídico está consolidado na argumentação empírica do discurso. Por conseguinte, como esposado no próprio enunciado, sua verificação dependente de uma análise prática do caso sob análise e, portanto não pode ser definida aprioristicamente. Consolida-se assim que a aceitabilidade dos dados empíricos como forma de argumento no discurso jurídico, permite a interdisciplinaridade do Direito para com outras áreas do conhecimento, que inseridas em seus variados objetos de estudo possam contribuir para a melhor solução e elucidação de um conflito.<sup>116</sup> Nesse contexto pode-

---

<sup>113</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 269.

<sup>114</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

<sup>115</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 278.

<sup>116</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 230.

se correlacionar o critério indicado para com o desenvolvimento do sistema processual probatório, no qual se admite a participação de terceiros dotados de conhecimento técnico-científico específico como auxiliares do juízo, como é o caso do perito.<sup>117</sup>

Por último, o sexto critério de argumento definido em formas especiais de argumento jurídico é representado pela analogia, a redução do absurdo e o argumento em contrário.<sup>118</sup> A analogia, também decorrente do princípio da universalidade inerente ao discurso jurídico se caracteriza pela aplicação de um silogismo jurídico extraído de uma hipótese jurídica para situação que lhe assemelha, em determinados pontos, a fim de legitimar sua utilização, sem lhe ser correspondente.<sup>119</sup>

No que diz respeito às outras duas formas especiais de argumentação, tem-se que a utilização de argumento contrário, bem como a redução do absurdo, apresentados como método de justificação externa do discurso, se caracteriza pelo prognóstico do consequente da decisão judicial quando fundada sob aquele parâmetro. Deste modo, tem-se que a justificação do argumento se consolida nos efeitos que sua utilização pode surtir para o discurso jurídico sem desenvolvimento e no seu resultado.<sup>120</sup>

Em conclusa as formas de justificação externa do discurso jurídico, afere-se assim a completude da Teoria da Argumentação Jurídica, no que diz respeito ao estabelecimento de procedimentos lógicos que norteiam a atividade jurisdicional. Nesse ponto destaca-se a consideração de todas as suas nuances inerentes ao discurso, no sentido de então melhor prover seu resultado e, portanto densificar a fundamentação de suas conclusões.

Conclui-se assim que, não obstante a teoria esposada não ter o condão de auferir um resultado único e verdadeiro, haja vista que tal finalidade não se admite como possível diante da subjetividade inerente a interpretação da norma jurídica, sua enunciação elenca parâmetros de desenvolvimento do discurso jurídico de modo racional.

Destarte, tem-se que traduzido para a realidade prática da atividade jurisdicional, a quem compete à resolução de conflitos concretos, vislumbra-se na tese apresentada a definição de

---

<sup>117</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

<sup>118</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 178.

<sup>119</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 274.

<sup>120</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 276.

critérios de decibilidade e fundamentação das decisões judiciais de modo racionalmente argumentativo.

Nesse seguimento, em continuidade ao estudo apresentado Alexy se dedicou ainda a tratativa pormenorizada da aplicação de normas jurídicas sob o viés analítico, especificamente daquelas dotadas de conteúdo axiológico, que foram normativizadas na qualidade de princípios. Por conseguinte, constatada de antemão a particularização de sua concretização é que se destinou capítulo específico para tratativa do tema, o qual ao tomar como fundamento a Teoria da Argumentação já esposada, introduz elementos próprios ao tema que serão melhor estudados na seção posterior

## **2. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PARÂMETROS DE VERIFICAÇÃO DA TOMADA DA DECISÃO JUDICIAL DIANTE DO CONFLITO NORMATIVO**

### **2.1 A RELEVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS PARA INTERPETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO PROPOSTA POR ALEXY**

Em seguida à elaboração de uma teoria argumentativa do direito, Robert Alexy se dedicou ao estudo próprio da aplicação das normas principiológicas, uma vez que mesmo inseridas como espécie de norma jurídicas, essas demandam, em razão de seu conteúdo valorativo, o estabelecimento de parâmetros racionais mais sofisticados à suas idiossincrasias.

Diante da preponderância de se dispor de um procedimento específico à efetivação da referidas normas é que o autor fez lançar a segunda maior obra de sua carreira acadêmica, intitulada de Teoria dos Direitos Fundamentais. Nesta é possível se verificar o delimitar da racionalização apenas aos questionamentos concernentes à aplicação dos princípios e sua correlação com o ordenamento jurídico.

Deste modo já se destaca que o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais, tem como pressuposto a adoção de uma teoria argumentativa, tal que sem essa não é possível se vislumbrar critérios de correção na concretização de princípios. Essa assertiva se consolida no fato de aplicabilidade das normas de conteúdo valorativo, assim como a lógica de se sua realização, se apresentarem como forma de um discurso prático.<sup>121</sup>

Visto desta maneira é que se fez necessário como ponto de partida à explanação primária da teoria argumentativa para então dar-se ênfase ao estudo e análise prática das questões atinentes a materialização dos princípios, haja vista tratar-se de normas dotadas de amplo conteúdo axiológico, que dificultam o entrever de sua racionalização.

Pode-se, assim, informar que Alexy potencializou uma teoria própria dos direitos fundamentais, mesmo após a propositura de uma teoria da argumentação jurídica em razão do reconhecimento dos princípios enquanto espécie autônoma de norma jurídica diferente das regras.<sup>122</sup> Nesse sentido é possível identificar que a diferenciação proposta entre as duas espécies normativas, norma regra e norma princípio, demandou para além de uma distinção

---

<sup>121</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 17.

<sup>122</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 85.

conceitual, principalmente, uma dessemelhança metodológica quanto a sua interpretação e aplicação jurisdicional.<sup>123</sup>

Destarte, pode-se indicar como elemento propulsor para o estabelecimento de uma especificação teórica e procedimental acerca dos princípios a relevância da natureza axiológica dessa espécie normativa, enquanto elemento de correção do ordenamento jurídico.

Por conseguinte diante do pensamento de proporcionar a completude do sistema jurídico a partir da admissão da moral na ciência jurídica, sem que para tanto tenha que se abster de um critério de racionalidade é que Alexy consolida a teoria dos direitos fundamentais.<sup>124</sup>

Reafirma o disposto o fato de que ao lidar com a análise das decisões proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão a respeito de questões atinentes a direitos humanos, o autor tenha identificado que a materialização desses direitos demanda, para além do viés empírico e normativo, uma perspectiva analítica apta à correta conceituação de seus enunciados. À vista disso, compreende-se que a nitidez quanto aos conceitos utilizados é o pressuposto para o controle racional da atividade jurisdicional, não podendo, portanto serem desprezados.<sup>125</sup>

Vislumbra-se, pois que diante do alto grau de indeterminabilidade das normas principiológicas de direitos humanos se impõe a necessidade de sua racionalização na medida em que o simples reconhecimento de sua enunciação no âmbito normativo não é suficiente à resolução de casos emblemáticos envolvendo sua aplicabilidade, notadamente no que diz respeito ao controle da discricionariedade que lhe é subjacente.

A partir de então, tem-se que a teoria de Alexy se centraliza na procedimentalização e exposição do resultado obtido da interpretação e aplicação de um enunciado normativo por compreender ser essa a norma jurídica aplicável ao caso.<sup>126</sup> Conclui-se assim que seguindo a metodologia aplicada à teoria da argumentação jurídica, o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais toma como fundamento a aplicação concreta dos princípios, na medida em que a correção de sua utilização se dará a partir da análise do discurso de justificação que lhe é apresentado.

Tal assertiva ganha relevo quando apontado pelo autor que as normas de direitos fundamentais não se restringem aquelas que estão indicadas expressamente pelo texto

<sup>123</sup> ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução crítica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013, p. 43.

<sup>124</sup> ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução crítica**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 39.

<sup>125</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 42-49.

<sup>126</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas Fronteiras da Argumentação: A discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 58.

constitucional, admitindo o reconhecimento de direitos fundamentais que apenas lhe são associados, como é o caso de direitos relacionados à liberdade, a qual pode indicar diferentes condutas, inclusive contraditórias.<sup>127</sup> Nesse contexto Rafael Barba alerta que a competência para determinação do conteúdo normativo do texto constitucional e conseqüentemente dos direitos humanos estaria conferida ao Tribunal Constitucional, cuja atuação delimitaria o significado e aplicação dos direitos fundamentais.<sup>128</sup>

Constata-se então que à luz das indeterminações semânticas e estruturais que envolvem a temática, Alexy estabelece como parâmetro para verificação da interpretação conferida as normas de direitos fundamentais sobre três elementos: o texto normativo, as decisões provenientes do Tribunal Constitucional a respeito da temática e pôr fim a correta fundamentação da decisão proferida.<sup>129</sup>

Seguindo esse entendimento é possível destacar na jurisprudência brasileira, notadamente no âmbito da Corte Constitucional, o volume expressivo de decisões judiciais fundamentadas na ponderação, sopesamento e colisão de princípios. Como exemplificativo, traz-se a busca por “ponderação” apenas dentre a jurisprudência do supracitado tribunal, o qual enuncia o quantitativo expressivo de mais de 300 (trezentas) ações que tem como elemento da decisão tal argumento.<sup>130</sup>

Diante do exposto, tem-se que em se tratando de termos referenciados pela teoria dos princípios proposta por Alexy, a qual prescreve metodologia própria para resolução de conflitos envolvendo princípios, reivindicava-se o seu estudo como forma de verificação do cumprimento dos seus preceitos.

Corroborando com o discorrido, a difusão na doutrina brasileira da crítica quanto ao uso dessa teoria, consolidada no fato de seu emprego excessivo, e em muitos casos deturpado. Boa parte das censuras disferidas faz alusão à ausência de parâmetros técnicos de aplicação desse instituto pela jurisdição brasileira, o qual considera que sua menção apenas obscurece a finalidade arbitrária objetivada com seu uso.<sup>131</sup>

<sup>127</sup> LUDWIG, Roberto José. **A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2014, p. 35-40.

<sup>128</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas Fronteiras da Argumentação: A discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 62.

<sup>129</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 74-75.

<sup>130</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pesquisa na jurisprudência pelo termo “ponderação”. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?base=baseAcordaos&base=baseRepercussao&url=&txtPesquisaLivre=pondera%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 02 de abril de 2018.

<sup>131</sup> STRECK, Lênio Luis. “**A Katchanga e o Bullying interpretativo no Brasil**”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>. Acesso em: 10 de setembro de 2017.

Noutro ponto, é necessário destacar também a introdução das supracitadas terminologias quando da elaboração de normas jurídicas brasileira, tal qual se observa na inovação legislativa perpetrada pela introdução do artigo 489, §2º no CPC<sup>132</sup>, que ao tratar da fundamentação da decisão judicial trouxe regramento próprio ao uso da ponderação.

Visto isso não há que se negar existir um questionamento quanto à adoção da teoria de Alexy pelo regramento brasileiro, uma vez que sua utilização é difundida na jurisprudência como metodologia própria ao exercício da atividade jurisdicional. Em não bastasse isso se destaca, primordialmente, a menção dessa técnica como parâmetro de verificação de uma decisão jurídica fundamentada na sistemática processual.<sup>133</sup>

Dessa maneira, diante da especificidade do dispositivo elencado, esse será objeto de estudo em capítulo próprio quando se passará a verificação da adequação da teoria do autor para com a sistemática processual brasileira, isso porque ao discorrer sobre o dever de fundamentação da decisão formada pela utilização da ponderação o referido dispositivo introduziu critérios para sua correção.

Logo para que assim seja procedido se faz necessário, primeiramente, o estudo aprofundado sobre a teoria dos direitos fundamentais, para só a partir de então traçar comentários a sua incorporação pelo ordenamento jurídico pátrio. Tal abordagem do tema se justifica no fato de que os elementos introduzidos por Alexy em sua teoria dos direitos fundamentais serem imprescindíveis à compreensão da técnica ponderativa como método de resolução do conflito normativo.

Por isso, uma vez já destacada a inovação da sistemática processual vigente de adotar parâmetros de verificação da fundamentação da decisão prolatada, mediante a utilização da ponderação, tem-se por oportuno o estudo dessa metodologia desenvolvida por Alexy, eis o que se faz agora.

## 2.2 A PRIMAZIA DA DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

A primazia do estudo da Teoria dos Direitos Fundamentais elaborada por Alexy toma como pressuposto a classificação das normas jurídicas em regras e princípios, sendo esse sob a

<sup>132</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional, art. 489, §2º.

<sup>133</sup> CERQUEIRA, Maíra Ramos. **Análise dos arts. 8º e 489, §2º do código de processo civil de 2015 à luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual. Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória.

perspectiva do autor o cerne para a consolidação dos direitos fundamentais, de modo que só a partir de então, é que poderá ser promovida a resolução dos problemas da dogmática jurídica que envolva direitos fundamentais.<sup>134</sup>

Desta feita, tem-se como preceito preliminar à compreensão da supracitada teoria, ser necessário pontuar a categorização por Robert Alexy das normas jurídicas em apenas duas espécies, regras e princípios. Nesse sentido alude-se que sob a visão do autor tal diferenciação traz consequência para a estruturação do ordenamento jurídico como um todo, além de ser precípua diante da instituição de constitucionalismo, democrático.<sup>135</sup>

Por pressuposto, alicerçado nesse entendimento, é possível infirmar que o referido agrupamento tem como finalidade precípua o estabelecimento da perspectiva teórica defendida pelo autor, de reconhecer os princípios como normas jurídicas, do mesmo modo em que se tem por rejeitado um número maior de classificações.

No que diz respeito ao caráter normativo dos princípios é possível asseverar que tal configuração lhes confere *status* deontológico, no sentido de que seu conteúdo predispõe de um comando comportamental, qual seja um “dever-ser” que deve ser observado. Retoma-se nesse sentido, a fim de corroborar com o disposto a diferenciação proposta por Alexy entre valores e princípios, no qual seriam esses últimos valores dotados de normatividade e, portanto cogência.<sup>136</sup>

Sobre a temática aponta-se para a crítica proposta por Marcelo Neves de que as regras jurídicas também podem representar em seu conteúdo valores, da mesma forma em que subsistem princípios jurídicos no qual em nada fazem referência a aqueles, não sendo dessa maneira, tal característica própria dos princípios.<sup>137</sup> Entretanto, vale mencionar que a referida característica atribuída por Alexy aos princípios não lhe são exclusivas, da mesma forma em que não se configuram na perspectiva do autor critério de diferenciação entre regras e princípios, tampouco entre princípios e valores, cuja diferenciação diz respeito à normatividade.

---

<sup>134</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 85.

<sup>135</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 145.

<sup>136</sup> HECK, Luís Afonso. **Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy**. In LEITE, George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2008.

<sup>137</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípio e Regras Constitucionais**. 2ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 41.



Nesse sentido é possível afirmar que sob a Teoria dos Direitos Fundamentais as normas jurídicas principiológicas denotam de uma estrutura normativa fundada na correlação “se” e “então”, a qual Alexy faz questão de enfatizar:

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 deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente.<sup>138</sup>

Aplicada às noções contemporâneas sobre o tema, pode-se dizer que o ordenamento brasileiro por meio da Constituição Federal de 1988, elaborada sob a influência do modelo constitucionalista, aderiu ao reconhecimento da normatividade dos princípios, sendo essa uma constatação textual dispostas em suas normas que em diversas passagens fazem alusão ao termo. Reafirma tal descoberta a alusão feita por Humberto Ávila de que o constitucionalismo brasileiro hodiernamente vivencia um “Estado Principiológico” decorrente da euforia provocada pelo reconhecimento normativo dos princípios jurídicos.<sup>139</sup>

Assim, uma vez estabelecido o caráter prescritivo de ambas as espécies normativas, Alexy estabelece que o critério suficiente para a diferenciação das espécies de normas jurídicas é qualitativo.<sup>140</sup> Nesse ponto, esclarece-se que em que pese reconhecer a existência de critérios outros, qual seja o critério de generalidade e o da determinabilidade da aplicação, o autor rechaça a utilização dos mesmos por não disporem de precisa distinção entre as espécies normativas, sendo apenas características intrínsecas ao critério qualitativo do qual é adepto.<sup>141</sup>

Seguindo esse entendimento, pode-se dizer que à luz da teoria de Alexy a distinção entre as espécies normativas consiste no fato de que as normas-princípios devem ser compreendidas como “mandados de otimização”, tal que seu conteúdo prescritivo deve ser realizado em sua máxima, tomando como parâmetro as condições fática e jurídicas que as cercam.

---

<sup>138</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

<sup>139</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, p. 23.

<sup>140</sup> ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução crítica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013, p. 41.

<sup>141</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 87-89.

De modo diverso as normas-regras quando aferidas diante de uma hipótese serão satisfeitas em sua totalidade ou não, destarte subsistindo a ocorrência de uma hipótese fática prevista numa regra jurídica, deve ser essa aplicada ao caso em sua integralidade.<sup>142</sup>

Consolida-se assim que diferentemente dos princípios as normas-regras dispõe de determinações que devem ser sempre observadas uma vez que preenchidas as circunstâncias fáticas e jurídicas de sua regulação. Logo o afastamento de uma regra só será admitido mediante a aplicabilidade de outra regra que lhe atribuía uma hipótese de exceção.<sup>143</sup>

Percebe-se, pois que em contrário do que ocorrem com os princípios as regras jurídicas não possibilitam sua aplicação atenuada ou gradativa. Nesse aspecto o próprio Alexy considera que sua caracterização das normas-regras se apresenta semelhante à proposta por Dworkin quando defendido por esse que as regras se apresentam num sistema de “tudo ou nada”.<sup>144</sup>

Entretanto mantém o autor a crítica quanto ao fato de Dworkin ignorar serem os princípios mandados de otimização, qual seja comandos normativos, sendo esse o ponto fulcral na divergência teórica dos autores em relação ao tema. Por conseguinte se faz mencionar que a luz da teoria de Dworkin os princípios, em que pesem disporem de aplicação gradual, apresentam caráter secundário, porquanto apenas argumentos definidores da decisão judicial, sem que possam de modo isolado determinar o conteúdo dessa.<sup>145</sup>

Nesse sentido, não obstante a relevância do reconhecimento dos princípios como normas de conteúdo axiológico, aptas à delimitação moral da atividade jurisdicional, estabelecida como crítica formulada ao positivismo jurídico, Dworkin ainda não alcançou serem estas hipótese de resolução concreta de conflitos, mediante a enunciação de um “dever-ser”. Logo reside para este autor como critério diferenciador das espécies normativas sua estrutura lógica, o que não se faz condizente, pois inviabiliza a definição de caráter analítico e racional de sua aplicação.<sup>146</sup>

Diante do exposto Alexy determina que a melhor visibilidade das características atribuídas à classificação das normas jurídicas se apresenta quando da tratativa da colisão entre

---

<sup>142</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 91.

<sup>143</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 92.

<sup>144</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 91.

<sup>145</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 169.

<sup>146</sup> GUEDES, Néviton. **A importância de Dworkin para a teoria dos princípios**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>>. Acesso em: 05 de março de 2018.

normas jurídicas, na medida em que o método resolutivo desse impasse se difere ao tratar-se de conflito entre regras ou entre princípios.

Segundo o autor, as normas-regras ao serem satisfeitas ou não satisfeitas, pressupõem que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”.<sup>147</sup>

De modo explicativo aponta Alexy para a seguinte hipótese: a existência de uma regra escolar que somente autoriza a saída da sala de aula pelos alunos mediante o soar do sinal de término e a existência concomitante de uma regra que determina a retirada dos alunos mediante o soar de um alarme de incêndio.<sup>148</sup>

De acordo com a hipótese narrada subsiste para o caso a incidência de duas normas-regras conflitantes entre si no que diz respeito à permanência ou retirada dos alunos da sala de aula, de modo que a compatibilização de ambas se dá pelo fato de a regra de permanecer em sala ser geral em relação de sair na hipótese de soar o alarme de incêndio. Logo, percebe-se que a eventualidade da regra do soar de incêndio é cláusula de exceção ao cumprimento do comando geral, característica específica que permite a coexistência de ambas no sistema jurídico vigente.

Distintivamente, em não existindo a correlação de hipótese de exceção supramencionada tem-se que dentre as normas conflitantes uma deveria ser declarada inválida, na medida em que essas somente podem ser satisfeitas ou não em sua totalidade. Consolida-se dessa maneira que o conflito entre regras jurídicas tem como plano de fundo o caráter de validade, de modo que uma vez válida a regra jurídica deva ser aplicada, então em havendo divergência quanto à outra regra, uma dessas deve ser declarada inválida.<sup>149</sup>

Nesse diapasão aclara-se que a hipótese discorrida apresenta tão somente a metodologia a ser aplicada na ocorrência de um conflito entre normas-regras, de modo que o resultado a ser obtido dependerá do ordenamento jurídico vigente, ao qual caberá determinar qual o critério para prevalência de uma regra jurídica sobre a outra.<sup>150</sup>

Ilustra-se de acordo com o sistema jurídico brasileiro que nessa hipótese poderia se aplicar como critério definidor do conflito entre regras, a fim de estabelecer uma preferência,

<sup>147</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 92.

<sup>148</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 92.

<sup>149</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas fronteiras da argumentação: A discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 66/67.

<sup>150</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 93.

as disposições, por exemplo, contidas na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro / LINDB.<sup>151</sup>

No sentido de elucidar esse entendimento, aponta-se o critério cronológico erigido como parâmetro de resolução de antinomias, estabelecido no art. 2 da LINDB que assim prescreve “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.<sup>152</sup> Percebe-se que o dispositivo enunciado prevê expressamente a preponderância de lei posterior em detrimento de lei anterior, quando forem conflitantes seus enunciados, tal que esta última terá o condão de revogar o regramento incompatível que lhe é antecedente.<sup>153</sup>

No mesmo sentido, ao tratar do conflito entre regras pertencentes a ordenamentos jurídicos díspares, decorrentes da internacionalização das relações privadas, a LINDB estabelece qual critério de aplicabilidade entre essas, como é o caso do exposto no art. 7 que diz “a lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”.<sup>154</sup> Logo possível conflito, no regramento da temática, já se encontra definido pelo próprio sistema, sendo essa cláusula de exceção à adoção das regras brasileiras em favor da legislação estrangeira.

Visto isso, se estabelece que o marco precípua da distinção apresentada se constitui como caráter definidor da classificação das espécies de normas jurídicas, qual seja a metodologia de sua aplicabilidade, sendo esse o critério qualitativo da diferenciação. Por conseguinte, tem-se que a categorização das normas jurídicas em regras ou princípios tem como fundo o plano prático de resolução de conflitos, sendo essa perspectiva fundamental para uma suficiente distinção.<sup>155</sup>

Seguindo esse entendimento é que se constata que diferentemente do que fora proposto para as normas-regras o conflito entre normas-princípios, por se tratarem de mandados de otimização, pressupõe uma harmonização de seus postulados no sentido de dirimir a divergência existente. Assim sendo as normas-principiológicas tem como característica

---

<sup>151</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro**. Congresso Nacional, Brasília, DF.

<sup>152</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro**. Congresso Nacional, Brasília, DF.

<sup>153</sup> TARTUCE, Flávio. Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 879, 29 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7585>>. Acesso em: 05 de abril de 2018.

<sup>154</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro**. Congresso Nacional, Brasília, DF.

<sup>155</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 146.

fundamental a determinação de que seu conteúdo deva ser observado ao máximo, tal que por isso estabelecem como metodologia de sua aplicação a graduação de seus efeitos.<sup>156</sup>

Isto posto, tem-se que ao estar-se diante de um conflito entre princípios caberá ao aplicador proceder a harmonização das normas-princípios discordantes de modo que seja auferida um resultado útil a máxima observância de ambos os conteúdos prescritivos. Vislumbra-se, pois que a prevalência de um princípio sobre o outro será dirimida tomando em consideração o caso concreto, sem que nenhuma das normas em conflito seja extirpada do sistema jurídico e, portanto deixe de ser observada ou aplicada.

Diante da referida especificidade procedimental é que Alexy atribuiu aos princípios um caráter *prima facie*, haja vista que a aplicação da norma-princípio de modo isolado permeia tão somente uma perspectiva preliminar de sua incidência, pois sua real significação só poderá ser construída diante de um caso concreto.<sup>157</sup> Tal assertiva tem como fundamento o caráter preponderante das normas-princípios que em diversas hipóteses enunciam direitos fundamentais, os quais não podem sobremaneira serem afastados.

Do mesmo modo pode-se afirmar que as normas-princípios apenas dispõem de razões que orientam a tomada da decisão, sem dispor dessa como consequência previamente estabelecida, o que notadamente destaca a necessariedade de uma hipótese fática e jurídica para sua verificação.<sup>158</sup>

Nesse sentido, pontua-se que o autor estabelece como metodologia para resolução de conflito entre princípios um sistema de pesos proveniente de seus níveis de observância, no qual serão atribuídos aos princípios divergentes pesos distintos conforme seu maior grau de incidência no caso, a fim de que a partir de então se obtenha uma solução ponderada.

Desse modo vislumbra-se que diferentemente do que ocorreria em se tratando de conflito entre normas-regras, ao qual se estabelece como método de resolução sua observância sobre um plano de validade, o qual não é graduável, o conflito entre princípios pressupõe uma aplicabilidade simultânea das disposições contraditórias, mediante o estabelecimento de uma precedência entre elas.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução crítica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013, p. 43.

<sup>157</sup> ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução crítica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013, p. 42.

<sup>158</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 104.

<sup>159</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas Fronteiras da Argumentação: A discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 66-67.

Nesse quesito se faz necessário alertar que a prevalência atribuída só poderá ser definida a partir de uma situação fática, razão pela qual, de igual maneira, se restringe a correção desse entendimento aquele, precisamente para não se caracterizar uma preferência absoluta. Ao tratar sobre o disposto Alexy pontua que entendimento diverso coaduna com uma hierarquia entre princípios no sistema normativo, o que conseqüentemente implicaria a arbitrariedade da aplicação de um único princípio, na medida em que independentemente da circunstância, seria aquele sempre aplicado.<sup>160</sup>

Visto isso, pode-se infirmar que o estabelecimento de uma prevalência absoluta entre princípios na verdade inviabiliza a própria distinção entre espécies normativas, haja vista que subsistindo uma determinação pré-estabelecida de qual princípio deve ser aplicado tem-se um sistema de satisfação ou não daquele em sua integralidade. Logo disporiam os princípios das mesmas características atribuídas às regras e não de uma hipótese de sopesamento de sua aplicação, o que inviabilizaria, logicamente, qualquer distinção entre espécies normativas.

Seguindo o mesmo entendimento é oportuno mencionar que a ideia de princípio absoluto se contrapõe ao caráter *prima facie* das normas principiológicas na medida em que diante da hipótese de sua incidência já restaria configurada as conseqüências que lhe são inerentes, pois não seria admitido o seu sopesamento frente a outros princípios. Por isso tem-se por contrária a teoria dos princípios qualquer tentativa de supor previamente a preponderância de um princípio dentro do ordenamento jurídico, haja vista que uma conduta nesse sentido configuraria uma restrição à direitos fundamentais aferida tão somente sob o prisma jurídico, sem qualquer consideração das circunstâncias fáticas.<sup>161</sup>

Diante do exposto, pode-se concluir que a teorização de uma distinção teórica entre normas-princípios e normas-regras é requisito essencial para a consolidação de uma metodologia apta à efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que a distinção proposta contribui para a procedimentalização diferenciada de ambas as espécies normativas.<sup>162</sup>

Desta maneira, tem-se que a manutenção de uma aplicação tradicional subsuntiva da norma ao fato, em sua integralidade, se apresentaria insuficiente para lidar com os conflitos entre normas de conteúdo principiológico, tal que conforme fora discorrido a preponderância

---

<sup>160</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 111-114.

<sup>161</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 111.

<sup>162</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas Fronteiras da Argumentação: A discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 65.

absoluta de um princípio sobre o outro implica na não observância de um direito fundamental e assim de um valor normativo.

Conclui-se, portanto que a classificação apresentada permeou não tão somente o reconhecimento dos princípios enquanto espécie própria de norma jurídica, como também lhe estabeleceu parâmetros próprios para sua aplicação, de modo a engrandecer a dogmática jurídica. Tal assertiva ganha contornos relevantes quando constatada a receptividade da referida teorização na formulação contemporânea da Teoria do Direito, que desde então não nega a classificação mínima das normas jurídicas entre regras e princípios.

### 2.3 A LEI DA COLISÃO E A RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE NORMAS

Conforme fora observado na teoria da distinção entre regras e princípios elaborada por Alexy, as especificidades aduzidas na sistemática jurídica após o reconhecimento normativo dos princípios lhe impôs uma nova estrutura normativa. Nesse sentido destaca-se a gradação inerente a sua aplicabilidade diante de um conflito com outra norma-princípio, o que exige do aplicador um sopesamento dos interesses antagônicos no intento de estabelecer entre aqueles um caráter de precedência.<sup>163</sup>

Diante da abertura semântica inerente ao estabelecimento de um critério de prevalência entre princípios conflitantes de um caso concreto, Alexy objetivou demonstrar racionalmente como deve se dar tal resolução, a partir da elaboração daquilo que ele denominou de “Lei de Colisão”.<sup>164</sup> A pormenorização do procedimento a ser aplicado diante de divergência entre princípios introduz uma melhor compreensão do que se entende por sopesamento de princípios, ao passo em que estabelece parâmetros para sua verificação.

Como ponto de partida para melhor explanação da Lei de Colisão, Alexy toma como exemplo um caso julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão no qual se discutia a participação do acusado em audiência criminal em contraposição à tensão vivenciada por aquele ao participar de um evento dessa natureza, cujo risco de saúde era elevado.<sup>165</sup> Percebe-se, pois que o caso narrado tem como bojo o conflito existente entre o dever estatal de preservação da integridade do réu em processo criminal em oposição ao direito fundamental daquele de dispor

<sup>163</sup> ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução crítica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013, p. 61.

<sup>164</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 94.

<sup>165</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 95.

de todos os meios de defesa mediante participação efetiva em audiência, ambos os interesses constitucionalmente garantidos.

*Ab initio* constata-se que ao se tratarem de normas constitucionais, as duas disposições normativas supracitadas dispõem de mesmo nível normativo, isso porque consideradas em abstrato. Entretanto, quando em observadas as circunstâncias do caso concreto, vislumbra-se no sentido de dirimir o conflito existente que dentre os interesses divergentes um dentre eles deverá prevalecer.

Desta maneira tem-se que contrapostas as hipóteses normativas se faz necessário o sopesamento dos direitos envolvidos, de tal modo que em considerado mais iminente, para o caso, o risco à vida do acusado se chegará a decisão de que deve ser proibida a sua participação em audiência criminal. De modo inverso, vislumbrada uma maior exequibilidade dos direitos fundamentais do réu presente em audiência deverá ser essa de cunho obrigatório.

Percebe-se, então que o conflito apresentado se traduz numa colisão entre princípios, na medida em que ambas as disposições constitucionais estabelecem que seu conteúdo deva ser cumprido em sua máxima, por corresponderem a direitos fundamentais. Logo se convalida que a divergência se perfaz aparente porque se expressa tão somente quando em tomado o referido princípio de modo isolado assim tem-se que diante do caso concreto é que deve se estabelecer entre eles uma condição de precedência.

À luz do disposto o autor conclui que para o caso narrado quatro são as possibilidades existentes para resolução da lide quais sejam: a precedência (**P**) da vida e integridade do acusado (**P<sub>1</sub>**) em detrimento da garantida de seus direitos por meio da participação em audiência (**P<sub>2</sub>**), ou o entendimento contrário, sendo aplicadas as duas hipóteses sob duas circunstâncias, o estabelecimento de uma prevalência em observância apenas do plano abstrato e sua determinação em consideração as condições (**C**) do caso concreto<sup>166</sup>, o que graficamente pode ser representado da seguinte maneira:

- (1) P<sub>1</sub> **P** P<sub>2</sub>
- (2) P<sub>2</sub> **P** P<sub>1</sub>
- (3) (P<sub>1</sub> **P** P<sub>2</sub>) C
- (4) (P<sub>2</sub> **P** P<sub>1</sub>) C

**Fonte:** ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 97.

<sup>166</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 96.



Com fundamento nas disposições transladadas é possível aduzir que a precedência estabelecida nos tópicos (1) e (2) tem caráter incondicional, na medida em que não dispõe de critérios práticos para o estabelecimento da preferência entre um dos princípios.<sup>167</sup> Por conseguinte constata-se que uma determinação da precedência entre normas principiológicas consideradas em abstrato se contrapõe a própria noção de conflito, haja vista que a preponderância de um sobre o outro estaria lastreada numa hierarquia entre valores.

Caso assim fosse entendido, conforme observado outrora, não se estabeleceria uma caracterização *prima facie* das normas-princípios, haja vista que a prevalência absoluta de um princípio sobre o outro, de modo alheio às circunstâncias fáticas que lhes são inerentes, inviabiliza a máxima efetivação de seu conteúdo e conseqüentemente seu sopesamento. Logo se tem que o entendimento nesse sentido se contrapõe a determinação dos princípios enquanto mandados de otimização e por isso não pode ser considerado.<sup>168</sup>

Ademais, conclui-se que a desconsideração das conjecturas afeitas ao caso hipotético sobre o qual se opera a colisão inviabiliza a racionalização da relação de precedência estabelecida entre ambas as normas principiológicas, na medida em que se tomará como fundamento para sua determinação somente o plano jurídico, o qual conforme se observa prevê ambas as hipóteses normativas. À vista disso o autor determina que as disposições contidas nos tópicos (1) e (2) na verdade estabelecem decisões consolidadas numa precedência absolutas entre princípios, o qual não deve prosperar, pois “nenhum desses interesses goza, em si mesmo, de precedência sobre o outro”.<sup>169</sup>

Destarte, vislumbra-se que diante de um conflito entre princípios, em que pese subsistir as hipóteses de decisão ilustradas pelos enunciados (1) e (2), somente devem ser consideradas para efetiva resolução da colisão os modelos dispostos nos enunciados (3) e (4), haja vista se caracterizarem esses modelos de solução fundando numa precedência concreta.

Percebe-se, pois que as circunstâncias traduzidas no caso que se discute é o que parametriza a decisão de resolução da colisão entre princípios, pois somente quando consideradas poderá se infirmar a precedência de um princípio (P<sub>1</sub>) em detrimento do outro princípio (P<sub>2</sub>) ou vice-versa, de modo concreto e, portanto condicionado. Em consonância com

<sup>167</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 97

<sup>168</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas Fronteiras da Argumentação: A discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 68.

<sup>169</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 97.

o disposto Alexy conclui que “em um caso concreto, o princípio (P<sub>1</sub>) tem um peso maior que o princípio colidente (P<sub>2</sub>) se houver razões suficientes para que (P<sub>1</sub>) prevaleça sobre (P<sub>2</sub>) sob as condições C, presentes nesse caso concreto”.<sup>170</sup>

A partir do exposto é possível verificar que a determinação da relação de precedência na colisão entre princípios conduz a especificação da regra a ser aplicada ao caso concreto, na medida em que estabelece quais as circunstâncias fáticas determinantes para que se opere o estabelecimento das consequências correspondente ao princípio prevalente. Em outros termos é possível estabelecer que a regra resultado do sopesamento na colisão entre princípios se traduz numa norma de direito fundamental atribuída, também denominada associada, cuja referência advém de uma fundamentação acertada e que, portanto deve ser subsumida ao caso concreto.<sup>171</sup>

Firmado sobre esse entendimento é que o autor declara que a circunstâncias de um caso concreto (C) dispõe de dupla finalidade, a primeira compreendida pela determinação da relação de precedência entre princípios colidente e a segunda correspondente à delimitação do suporte fático da norma-regra a ser aplicado ao caso<sup>172</sup>, de modo a infirmar que:

Se o princípio (P<sub>1</sub>) tem precedência em face do princípio (P<sub>2</sub>) sob as condições C: (P<sub>1</sub> P P<sub>2</sub>) C, e se do princípio (P<sub>1</sub>), sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C→R.<sup>173</sup>

Vislumbra-se a partir do disposto o tracejo da correlação entre princípios e regras sob a ótica da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy<sup>174</sup>, sendo esse entendimento fundamental para determinação de que as normas-regras encontram seu fundamento em um princípio, haja vista serem essas resultadas de uma ponderação entre princípios.<sup>175</sup>

Destarte, consolida-se o caráter aparente do conflito entre princípios, na medida em que tal hipótese se estabelecerá somente quando adstrita ao plano abstrato, pois quando traduzida

<sup>170</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 97.

<sup>171</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas Fronteiras da Argumentação: A discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 70.

<sup>172</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 98.

<sup>173</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 99.

<sup>174</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Princípios, Regras e a Fórmula da ponderação de Alexy: Um Modelo Funcional para a Argumentação Jurídica. In: **Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas de Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 607.

<sup>175</sup> PECZENIK, Aleksander. **Saltos y Lógica en El Derecho ¿Qué se Puede Esperar de Los Modelos Lógicos de La Argumentación Jurídica?** In: PECZENIK, Aleksander. **Derecho y razón**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 2000. p. 77-121

para um caso concreto esse irá determinar a partir de suas especificações qual o relação de precedência entre os princípios colidentes e, portanto a regra jurídica a ser aplicada ao caso.

#### 2.4 O PROBLEMA DO DECISIONISMO NA APLICABILIDADE E NA RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS: LEI DO SOPESAMENTO E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Uma vez consolidada a caracterização dos princípios como mandados de otimização e, portanto normas cujo conteúdo em que pese pressupor uma máxima efetivação, permite a graduação de sua incidência, a teoria dos direitos fundamentais de Alexy incutiu na pragmática jurídica, enquanto procedimento de aplicação das normas principiológicas, a perspectiva de sopesamento - atribuição de pesos.

Seguindo o mesmo entendimento, conforme fora discorrido, quando da tratativa da colisão entre princípios, a resolução prática estabelecida pela referida teoria adotou como procedimento para resolução da divergência o estabelecimento de uma relação de precedência entre as normas colidentes, ao qual tem como parâmetro as circunstâncias do caso concreto.

Percebe-se, assim que ambas as concepções teóricas empreendidas importaram como elemento circunstancial da aplicação do Direito a perspectiva aduzida mediante a resolutividade de um caso concreto, tal que diante da variabilidade de acontecimentos fáticos, por si só essas impedem a adoção de um resultado absoluto quanto à utilização de princípios.<sup>176</sup> Por assim considerar, a referida teoria antevendo a apresentação de críticas quando a carência de racionalidade do discurso e até mesmo se contrapondo a críticas já procedidas à época introduziu critérios de fundamentação da decisão de sopesamento de princípios no sentido de afastar arbitrariedade e decisionismo dos juízes<sup>177</sup>.

Nesse sentido Alexy pontua que a exclusiva representação da relação de precedência entre princípios, tomada de modo isolado, constitui uma decisão carente de racionalidade por não dispor, integrada a essa de um modelo fundamentado<sup>178</sup>. Dessa maneira a simples alusão à prevalência de uma norma principiológicas em detrimento da outra, dadas às circunstâncias do caso, com a enunciação de uma regra do caso concreto, sem a exposição de seus fundamentos não traduz uma decisão controlável. Em consonância com o disposto Alexy conclui que:

<sup>176</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas Fronteiras da Argumentação: A discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 68.

<sup>177</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 163-164.

<sup>178</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 164

Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado e preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional.<sup>179</sup>

A leitura da passagem indicada consolida o ônus argumentativo atribuído pelo autor ao método de sopesamento de princípios à luz da lei da colisão, de modo que nesse ponto tem-se por interligadas as teoria dos direitos fundamentais e a teoria da argumentação.

Desta maneira consolida-se que a decisão acerca do balanceamento entre normas principiológicas deve estar amparada na justificação interna de seu enunciado, a qual corresponde à demonstração da relação de precedência imposta e a regra resultante de seu estabelecimento, mas também deve dispor de uma justificação externa, qual sejam fundamentos na jurisprudência, nas consequências negativas de sua aplicação e até a intenção do constituinte.<sup>180</sup>

Vislumbra-se desta maneira que a alusão à técnica sopesamento entre princípios, não tem por si só o condão de conduzir a prolação de decisões arbitrárias, na medida em que a sua utilização pressupõe a apresentação sofisticada dos argumentos que ensejaram à tomada de decisão da precedência as normas principiológicas envolvidas, de tal modo que mesmo que não conduza a uma decisão exclusivamente correta, evidência qual o objeto deva ser o objeto da fundamentação.<sup>181</sup> Logo, tem-se que a simples referência à utilização da técnica e sua demonstração formal não são justificativas suficientes a enunciação da prevalência de um princípio sobre outro, notadamente quando em considerada a relevância e mesma hierarquia que estes dispõem.

Seguindo esse entendimento, Alexy no desenvolver de sua teoria estabelece enquanto argumento próprio à utilização da técnica de sopesamento a necessidade da observância da máxima satisfação das normas principiológicas.<sup>182</sup> Por conseguinte estabelece o autor, que a precedência de um princípio em detrimento de outro que lhe é contrário, logicamente importa uma maior satisfação de seu conteúdo em correspondência ao quanto que fora restringido do princípio preterido, regra essa que pode ser formulada na seguinte máxima “quanto maior for o

<sup>179</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 165.

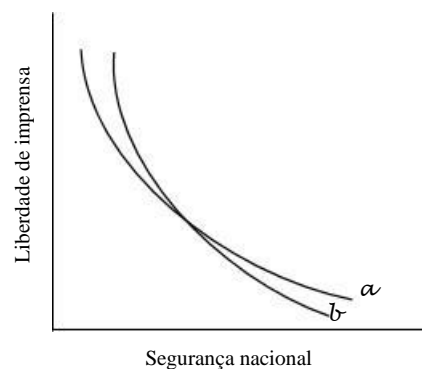
<sup>180</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 166.

<sup>181</sup> ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução Crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 56-57.

<sup>182</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 167.

grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro”.<sup>183</sup>

Do enunciado supra indicado é possível extrair o conteúdo daquilo que o autor denomina lei do sopesamento, a qual deve ser observada quando da utilização da técnica para resolução da colisão entre princípios. No sentido de melhor esclarecer a relação de satisfação e não-satisfação aduzida, o autor estabelece que o sopesamento entre numa colisão hipotética entre a liberdade de imprensa e a segurança nacional pode ser representada pela curva de indiferença disposta na figura a seguir:



**Fonte:** ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 169.

Verifica-se nesse contexto que diante do conflito entre dois princípios é possível observar a dicotomia existente no resultado do sopesamento preferido pelo sujeito (A) e o sujeito (B), tal que para esse último o valor concernente à segurança nacional se perfaz superior ao da liberdade de imprensa, quando em comparado a (A). Tal exemplificação tem como objetivo demonstrar que a lei do sopesamento não se restringe ao apontar, somente, a qual princípio é conferido a maior preponderância “mas à definição de qual *deve ser* a importância que se deve conferir a ambos”.<sup>184</sup>

A luz do disposto é possível identificar que a lei de sopesamento não deve ser compreendida como método apto a indicação da resposta singular a resolução do conflito entre valores normatizados através de princípios, haja vista que tal precedência traz consigo um subjetivismo. Entretanto, destaca-se, como sendo seu caráter fundamental o estabelecimento do grau de satisfação de um princípio em detrimento do outro, tal que seja possível parametrizar o

<sup>183</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 167.

<sup>184</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 169.

ônus argumentativo que lhe é intrínseco, assim como a relevância conferida a ambas as normas colidentes.<sup>185</sup>

Percebe-se nesse sentido que a referida lei toma como pressuposto a característica própria das normas principiológicas enquanto mandados de otimização, sendo sua máxima satisfação à essência dos direitos fundamentais. Contudo, tem-se que o fato de serem assim caracterizados não lhes importa o estabelecimento de um ponto de ideal de satisfação, isso porque seguindo esse entendimento se consolidaria uma delimitação do âmbito de incidência das normas principiológicas, bem como uma precedência absoluta entre essas, o que conforme fora apresentado deve ser afastado.<sup>186</sup>

Nesse sentido, a fim de melhor dispor acerca da otimização entre princípios colidentes Alexy estabelece que esses se perpetuem como normas cujo conteúdo deve ser observado em sua máxima, tomando como critério de observância as possibilidades fáticas e jurídicas, hipótese essa que conduz logicamente a máxima de proporcionalidade e suas três máximas parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, as quais serão objeto de estudo em tópicos próprios.<sup>187</sup>

#### 2.4.1 A máxima da adequação

A máxima da adequação se apresenta como critério apto a verificação das possibilidades fáticas concernentes à efetivação dos princípios jurídicos colidentes, cuja finalidade precípua diz respeito ao confronto da plausibilidade do resultado obtido perante a ponderação entre a máxima efetivação dos princípios jurídicos colidentes e sua correspondente restrição.<sup>188</sup>

De modo ilustrativo, Alexy exemplifica a utilização da máxima da adequação no discorrer de um caso no qual um cabelereiro local da Alemanha, que teve a iniciativa de instalar uma máquina automática de vender cigarros em seu estabelecimento, foi impedido de exercer tal prática comercial por não cumprir com a determinação legal de que para fazê-lo era necessária a demonstração de expertise. Nesse sentido compelido a recorrer ao judiciário, no julgamento do caso, o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu a prejudicial de

<sup>185</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 172-173.

<sup>186</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 587-588.

<sup>187</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 588

<sup>188</sup> ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 2015, p. 153.

inconstitucionalidade da referida disposição legal em favor do cabelereiro, por entender que a proibição perpetuada viola a liberdade profissional.<sup>189</sup>

Como fundamento para a decisão proferida o Tribunal concluiu que a determinação legal de demonstração de expertise para o exercício de prática comercial de cigarros não é meio adequado à garantia da proteção econômica e da saúde do consumidor quando em comparada a restrição do direito à liberdade profissional. No sentido de melhor demonstrar o exposto Alexy sintetiza, para o caso que:

Em jogo estavam dois princípios: o da liberdade profissional (P<sub>1</sub>) e o da proteção ao consumidor (P<sub>2</sub>). Por inexistência de adequação, a medida adotada (M) – a exigência de demonstração de competência comercial – não é capaz de fomentar P<sub>2</sub>, mas embaraça a realização de P<sub>1</sub>. Nessa situação, não há custos nem para P<sub>1</sub>, nem para P<sub>2</sub>, caso M não seja adotada, mas há custos para P<sub>1</sub> se M for adotada.<sup>190</sup>

A explanação trasladada evidencia o caráter fático da aplicabilidade da máxima da adequação diante do conflito entre princípios, na medida em que sua utilização tem como pressuposto a certificação da finalidade normativa intrínseca ao dispositivo em questão, e primordialmente, a análise dos efeitos práticos de sua materialização. Eis que nessa correlação entre o resultado pretendido e o resultado obtido mediante a manutenção da medida questionada é que se vislumbra a adequação dessa, no sentido então definir se deve ser (ou não) adotada.

Diante dessa conclusão, Alexy correlaciona a verificação da máxima da adequação à ideia de eficiência preconizada por Pareto no qual se estabelece que “uma posição pode ser melhorada sem que outra seja piorada”.<sup>191</sup> Percebe-se, pois como regra de utilização da adequação que a intervenção em uma norma-princípio só estará justificada quando for suficiente ao melhoramento correspondente do princípio que lhe é colidente, caso contrário à medida adotada se demonstrará inadequada, haja vista que a sua não utilização é que mantém em plena satisfação ambas as normas, inexistindo assim razão para sua manutenção.

Tal característica corrobora com a determinação de que o sopesamento entre normas principiológicas conflitantes só pode ser aferido e conseqüentemente solucionado quando em considerado um caso concreto, na medida em que a adequação de determinada medida só

---

<sup>189</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 589.

<sup>190</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 589.

<sup>191</sup> *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 589.

poderá ser propeccionada em considerando o atingimento de sua finalidade, bem como sua eficácia.<sup>192</sup>

Nesse quesito não há que se negar que a racionalidade da máxima apresentada está na aferição da efetivação dos fins colimados, de modo que não se presta a determinar qual meio se perfaz adequado ao atingimento do objetivo pretense, mas tão somente a demonstrar quais não são.<sup>193</sup> Consciente dessa perspectiva é que Alexy conclui que a máxima da adequação atua no processo ponderativo como critério negativo apto a eliminação dos meios inadequados, e, portanto como ordem-moldura que restringe a o âmbito de aplicação dos meios analisados.<sup>194</sup>

A luz do exposto conclui-se que a aplicabilidade da máxima da adequação se faz necessária à elisão dos meios contrários a satisfação da finalidade almejada pela materialização das normas jurídicas, qual seja a efetivação dos direitos fundamentais, de tal sorte que mesmo em sendo insuficiente a sua plena concretização já se apresenta como uma barreira à perpetuação de medidas violadoras.

#### 2.4.2 A máxima da necessidade

No sentido de complementar a análise das possibilidades fáticas inaugurada pela subprincípio da adequação, a aferição da máxima da necessidade se estabelece pela graduação da intervenção em um direito fundamental, quando em considerada a finalidade da medida a ser adotada e os meios de alcançá-la.<sup>195</sup> Logo, diante de uma pluralidade de alternativas, aptas à consecução de um mesmo resultado, se estabelece que a menos gravosa seja a determinada.

Como forma de melhor ilustrar a aplicabilidade da máxima em estudo Alexy expõe um caso em que se discutia uma portaria emitida pelo Ministério para a Juventude, Família e Saúde, que proibia a comercialização de doces que embora tivesse chocolate em pó, eram fabricados mediante a utilização de outros produtos, sem que tais fossem anunciados.

Diante da situação narrada, se vislumbra que a edição da portaria em comento tem como finalidade precípua a proteção do consumidor frente à comercialização de produtos cujo

---

<sup>192</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas Fronteiras da Argumentação: A discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 75.

<sup>193</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149-150.

<sup>194</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 590.

<sup>195</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 590.



conteúdo e a categoria a qual fora associada não condizem.<sup>196</sup> Por conseguinte essa dissemelhança entre o conteúdo e o anúncio comercial viola o direito do consumidor, o qual não tem esclarecimento devido do que virá adquirir.

Ocorre que a medida protetiva adotada pelo referido Ministério em que pese dispor de finalidade louvável se apresenta como meio mais gravoso a consecução do objetivo almejado, isso porque o simples estabelecimento do dever de conter esclarecimentos no rótulo dos produtos comercializados já satisfaz a clareza necessária ao consumidor.<sup>197</sup>

Percebe-se, então que para o caso discorrido expresso no conflito entre o princípio da liberdade profissional (P<sub>1</sub>) e o princípio da proteção ao consumidor (P<sub>2</sub>) subjaz mais de um modo de resolução. Dentre as alternativas de solução tem-se de um lado a proibição definitiva da comercialização do produtor e do outro o dever de elucidar especificamente os seus ingredientes.

Do mesmo modo se afere que ambos os meios são fomentadores do resultado almejado, qual seja a proteção do consumidor na efetuação de compra consciente, de modo que em considerada apenas a promoção da salvaguarda daquele, ambas as medidas são suficientes. Noutra ponta, quando observado o princípio da liberdade profissional, percebe-se que dentre as medidas capazes, uma tem maior grau de intervenção do que a outra, isso porque a proibição da comercialização tem grau de não satisfação desse princípio intenso quando em contraposto ao dever de indicação de ingredientes no rótulo.<sup>198</sup>

Desta maneira, se atribui ao magistrado, a quem compete dirimir o conflito em questão a competência para decidir dentre os meios possíveis qual prevalecerá, diante da imprescindibilidade da otimização de princípios colidentes. Eis que nesse aspecto o critério da necessidade estabelecido por Alexy tem o condão de traçar um parâmetro lógico de tomada de decisão, e consequentemente diminuir o espectro de sua discricionariedade, haja vista que estabelece uma razão de eleição.

Visto isso é possível traçar como regramento inserto na máxima da necessidade que “havendo dois meios de promover o mesmo princípio, a decisão recai sobre aquele menos gravoso, ou seja, que interfira o menos intensamente possível nos demais princípios em

---

<sup>196</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 590.

<sup>197</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 590.

<sup>198</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 590.

colisão”.<sup>199</sup> Logo para o caso em comento, uma vez observado que a adoção de uma das medidas em nada se diferencia quanto à finalidade de proteção ao consumidor, classificam-se ambas como eficazes, entretanto dentre elas uma é menos gravosa à efetivação princípio da liberdade de profissão e, portanto deve ser esta a adotada.

Percebe-se assim que a verificação da necessidade de intervenção na satisfação de um princípio diante da colisão com outro, perpassa pela análise da relação estabelecida entre meio e fim, tal que deve ser a medida empregada necessária à consecução do objetivo aspirado, desde que lhe proporcione menor intervenção que outras medidas possíveis.<sup>200</sup>

Insero nesse panorama, tem-se que a efetivação da máxima sob estudo se constitui na análise comparativa de meios de resolução do conflito entre princípios<sup>201</sup>, no sentido de elegeer dentre esses, desde que igualmente hábeis, aquele que mais traz efetividade as normas colidentes.

Contudo se faz pertinente apresentar a advertência prestada por Alexy de que tal juízo nem sempre se perfaz de modo simplificado, uma vez que para isso é necessário uma análise prognóstica das consequências advindas da efetivação dos meios em questão.<sup>202</sup> Ademais, verifica-se que a concretude dessa máxima importa à análise das circunstâncias fáticas inerente ao caso, de modo que a conjectura dos fatos é que determinarão, por exemplo, o grau de onerosidade das medidas.<sup>203</sup>

O que se tem por certo é que independentemente da margem de discricionariedade existente na aplicabilidade dessa máxima, ela ainda se perfaz argumento racional para tomada de decisão, não podendo, portanto ser ignorada. Corrobora com a sua relevância a aplicabilidade dessa máxima na sistemática processualista desde o Código Processual Brasileiro de 1939<sup>204</sup>, por meio do princípio da menor onerosidade, o qual permanece ainda na legislação vigente, previsto dentre as disposições gerais das espécies de execução, o qual se lê:

---

<sup>199</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas Fronteiras da Argumentação: A discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p 75.

<sup>200</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 591.

<sup>201</sup> KLATT, Mathias ; MEISTER, Moritz. A máxima da proporcionalidade: Um elemento estrutural do constitucionalismo global. Tradução João Costa Neto. In: **Observatório da jurisdição constitucional**. ISSN 1982-4564. Brasília, IDP, Ano 7, nº 1, p. 23-41, janeiro/junho, 2014.

<sup>202</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 591.

<sup>203</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas Fronteiras da Argumentação: A discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p 72.

<sup>204</sup> BRASIL. Decreto Lei nº 1.608 de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

Art. 903. Quando por vários meios se puder executar a sentença, o juiz mandará que a execução se faça pelo modo menos oneroso para o executado.

Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.<sup>205</sup>

A leitura do texto legal transladado se perfaz na exata expressão da máxima da necessidade, na medida em que diante da pluralidade de meios executórios, igualmente suficientes, qual seja de multiplicidade de medidas aptas à satisfação forçada de uma obrigação, deve o magistrado adotar como critério de decibilidade o menos gravoso ao devedor.

Percebe-se assim, que o comando normativo esposado traduz a delimitação do poder de escolha do magistrado, uma vez que já pré-estabelece qual o parâmetro lógico de decisão, consolidado na máxima da necessidade. Por conseguinte, diante da racionalidade que lhe é atribuída essa mesma perspectiva já vem sendo adotada também em demais searas jurídicas, como é o caso do direito tributário<sup>206</sup> e o trabalhista<sup>207</sup>, em que pese não disporem essas legislações de dispositivo análogo.

Destarte, conclui-se que a norma supracitada se coaduna com os pressupostos lógicos de Alexy para resolução de conflito entre normas principiológicas. No caso da esfera processual se traduz na otimização entre o princípio da efetividade da execução e o princípio da salvaguarda dos direitos do devedor, de modo a proporcionar o equilíbrio da execução.<sup>208</sup>

Por fim, no sentido de destacar a perspectiva fática da máxima da necessidade para resolução do conflito entre princípios, colaciona-se a publicação recente de negativa de agravo em recurso especial proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça / STJ, a saber:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PENHORA. MENOR ONEROSIDADE. REVISÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

<sup>205</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

<sup>206</sup> CRISTO, Alessandro. **Penhora online desbanca princípio da menor onerosidade**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-out-23/penhora-online-desbanca-principio-menor-onerosidade-critica-juiz>>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

<sup>207</sup> POLIZEL, Rosana Boscariol Bataini. **Execução pelo modo menos gravoso ao executado. É correto?** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/execucao-pelo-modo-menos-gravoso-ao-executado-e-correto/11734>>. Acesso em: 12 de abril de 2018.

<sup>208</sup> MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Et al. Na execução do CPC/15 o devedor pode indicar bens para evitar a penhora on-line requerida pelo exequente?**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI261878,91041-Na+execucao+do+CPC15+o+devedor+pode+indicar+bens+para+evitar+a>>. Acesso em: 13 de abril de 2018.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, "a análise da alegada violação do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC) requer reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ em recurso especial, por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ" (AgInt no REsp 1.595.460/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/8/2016).
2. Agravo interno a que se nega provimento.<sup>209</sup>

Conforme se extrai da ementa do julgado apresentado a improcedência do recurso especial no âmbito do STJ se fundamentou no fato de a análise da aplicabilidade do princípio da menor onerosidade no caso importar uma reanálise fática das circunstâncias que envolvem a matéria. Nesse sentido, diante da vedação de reexame probatório contido na Súmula 7<sup>210</sup> daquele tribunal, teve-se por obstado o julgamento da pretensão recursal, entendimento esse consolidado no seguinte trecho do voto do relator do processo Ministro Herman Bejamin, “o reexame de tal questão demandaria a verificação de aspectos fáticos que não se coaduna com a via estreita do Recurso Especial, razão pela qual deve ser afastada tal pretensão a teor do verbete sumular 07/STJ”.<sup>211</sup>

O que se ressalta no feito é o fato de a incidência do princípio da onerosidade e assim da máxima da necessidade dependerem da verificação das especificidades factuais do caso concreto, o que ratifica que a sua concretização, assim como ocorre com a máxima da adequação, se apresente pela otimização das possibilidades fáticas.<sup>212</sup>

Concluem-se assim as especificações referentes à verificação da máxima da necessidade, na medida em que restou demonstrada sua utilização como argumento racional para fundamentação do sopesamento a partir da análise das questões fáticas que envolvem o conflito a ser dirimido e sua pertinência para com o resultado empreendido.

### 2.4.3 A máxima da proporcionalidade em sentido estrito

<sup>209</sup> STJ. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgInt no AREsp 1171255 / SP. Relator: Og Fernandes. DJe: 21/03/2018. **STJ**, 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=menor+onerosidade&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 14 de abril de 2018.

<sup>210</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf)>. Acesso em: 14 de abril de 2018.

<sup>211</sup> STJ. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgInt no AREsp 1171255 / SP. Relator: Og Fernandes. DJe: 21/03/2018. **STJ**, 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=menor+onerosidade&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 14 de abril de 2018.

<sup>212</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 153.

Como ponto de partida à compreensão da máxima da proporcionalidade em sentido estrito Alexy já identifica ser essa a aplicabilidade da lei do sopesamento apresentada em sua teoria dos direitos fundamentais, de modo que ambos os institutos são correlatos.<sup>213</sup> Ocorre que, conforme outrora pontuado a simples enunciação da máxima de que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro”<sup>214</sup>, não se perdez, de acordo com a crítica, suficiente para resolução dos conflitos entre princípios de modo racional, tal que se debruçou o autor no aprofundamento dessa perspectiva a partir da enunciação de uma fórmula de peso.<sup>215</sup>

Desta maneira, se faz necessário pontuar que sob a visão de Alexy esse seria o ponto crucial na defesa de uma teoria dos direitos humanos, porquanto que se rechaçada, colocaria em risco a própria sobrevivência daqueles. Tal assertiva se consolida no fato de que carente de parâmetros racionais de aplicação, a não satisfação de normas principiológicas estaria desvinculada de critérios restritivos à sua intervenção, o que abriria espaço para as objeções dogmáticas.<sup>216</sup>

Visto isso, Alexy desenvolve a máxima da proporcionalidade como uma análise das possibilidades jurídicas de ponderação entre princípios, tal que estabelece como pressuposto de sua materialização a projeção de uma ordenação-quadro que afaste a perpetração de sacrifícios desnecessários as normas de direitos humanos, qualidade essa sem a qual não é possível se extrair um conteúdo racional mínimo.<sup>217</sup>

Inserto nesse panorama a enunciação de uma fórmula de peso melhor instrumentaliza a aferição da proporcionalidade e sua aplicação na otimização princípios colidentes, isso porque representa matematicamente o instituto da ponderação entre princípios.<sup>218</sup> Logo se tem que a fórmula do peso desenvolvida pelo autor se constitui na demonstração lógica do regramento contido na lei do sopesamento, qual seja a ilustração da correspondência entre a intervenção ou não satisfação de um princípio e a equivalente promoção do princípio que lhe é colidente.

---

<sup>213</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 593.

<sup>214</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 167.

<sup>215</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 153.

<sup>216</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 153.

<sup>217</sup> ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada: *In: Revista dos Tribunais*. Vol. 799/2002, p. 33-51, maio/2016. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/94290>>. Acesso em: 14 de abril de 2018.

<sup>218</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 365.

No sentido de elucidar a construção lógica da fórmula de peso enunciada por Alexy, se faz necessário, inicialmente, pontuar que a sua demonstração se perfaz em três passos. O primeiro passo consiste na determinação do grau de não satisfação do princípio secundário no caso, o próximo passo consiste na definição do grau de importância da satisfação do princípio prevalecente e por fim, como último passo, a comprovação de que a relevância do princípio maximizado faz jus a não satisfação do que lhe é conflitante.<sup>219</sup>

Visto isso, o autor determina como critério de definição da intensidade da intervenção em um princípio ( $P_i$ ), assim como a significância do princípio ( $P_j$ ) precedente em três níveis: leve (l), moderado (m) e sério (s). Destarte, tem-se um modelo triádico de classificação dos princípios em conflito, que se constitui como parâmetro de concretização daqueles em diferentes graus.<sup>220</sup>

Nesse quesito é oportuno exemplificar que a não satisfação de princípio ( $P_i$ ) se traduz no plano concreto, qual seja diante das circunstâncias (C) relevantes para o caso, isso porquanto, em se tratando de uma interferência essa se dá sempre no plano fático. Então é possível inferir que a intervenção (I) sofrida por esse princípio ( $P_i$ ), será para fins do sopesamento representado pela expressão “ $IP_iC$ ”.<sup>221</sup>

De modo diverso o grau de importância (W) do princípio ( $P_j$ ) preponderante pode ser aferido em abstrato, como em concreto, em que pese permanecerem decisivas para sua definição as circunstâncias (C) específicas do caso. Logo, bem ilustra o nível de preponderância de um princípio na resolução de um conflito a seguinte expressão “ $WP_jC$ ”.<sup>222</sup>

Diante das exposições apresentadas é possível ratificar mais uma vez a significância das especificidades de um caso concreto para tomada de decisão quanto a resolução do conflito entre normas principiológicas, não podendo de modo diverso o aplicador do Direito se afastar dessa concepção. Nesse sentido o próprio Alexy pontua que “os elementos do caso concreto essenciais para a decisão são a medida questionada e os efeitos que sua adoção e sua não adoção têm nos princípios”.<sup>223</sup>

---

<sup>219</sup> ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada: *In: Revista dos Tribunais*. Vol. 799/2002, p. 33-51, maio/2016. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/94290>>. Acesso em: 14 de abril de 2018.

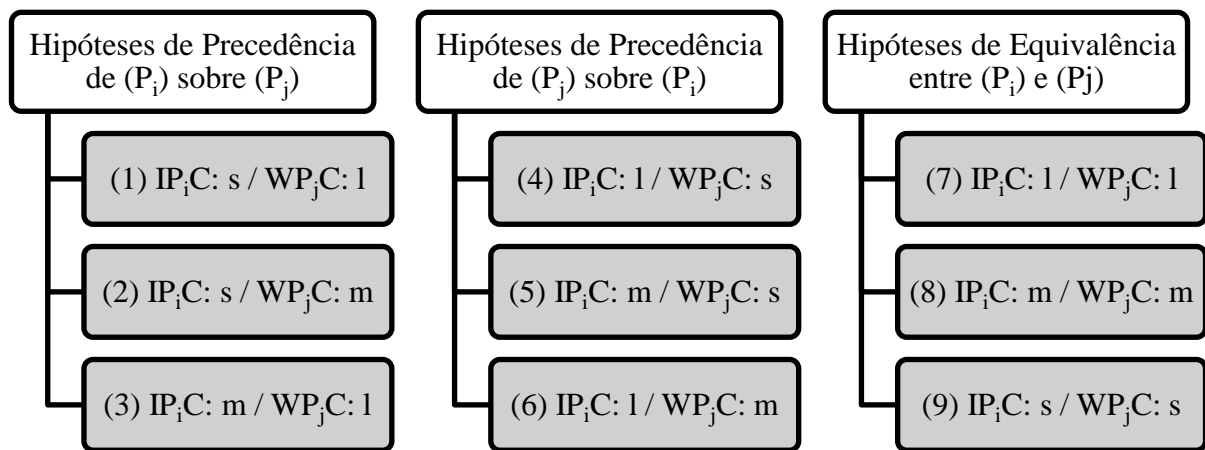
<sup>220</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 599.

<sup>221</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 600.

<sup>222</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 601.

<sup>223</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 601.

Assim considerado, diante das peculiaridades da hipótese fática o conflito entre normas principiológicas, princípio ( $P_i$ ) e o ( $P_j$ ) poderia ser verificada em três níveis diferentes leve (l), moderado (m) e sério (s). Por conseguinte, tem-se que na combinação de fatores subsistiriam três níveis de preferência do princípio ( $P_i$ ), de modo diametralmente oposto também existiriam três possibilidade de precedência do princípio ( $P_j$ ), e por fim mais três hipóteses de equivalência entre esses<sup>224</sup>, situações essas dispostas nas seguintes expressões:



**Fonte dos Dados:** ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 602-603. (Tabela desenvolvida pela autora).

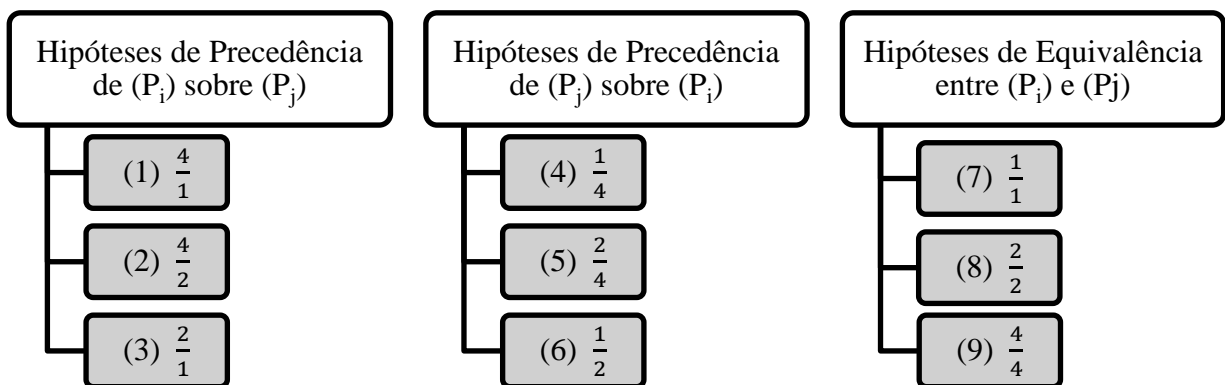
Com base nas hipóteses apresentadas é possível identificar que o parâmetro de racionalidade da otimização entre princípios consiste na relação ponderada entre o grau de importância do princípio precedente e o grau de intervenção do princípio secundário, elementos esses estabelecidos nos dois primeiros passos do sopesamento. Nesse desiderato, eis que a fórmula do peso concreto da otimização (G) entre princípios, desenvolvidas por Alexy, se constitui na seguinte representação:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC}{WP_jC}$$

**Fonte dos Dados:** ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 603.

<sup>224</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. *Nas fronteiras da argumentação: A discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p 78.

Visto isso no sentido de então quantificar o peso atribuído a cada princípio o autor designa, de modo instrutivo, a atribuição dos valores para identificação do grau de intervenção e de relevância das normas principiológicas conflitantes sendo designado o número 1 para o enquadramento no nível leve (l), o número 2 para classificação de padrão moderado (m) e por fim o número 4 para mensuração de grau sério (s).<sup>225</sup> Visto isso, feita as referidas atribuições numéricas, é possível definir o seguinte panorama das hipóteses de precedência e equivalência entre princípios:



**Fonte dos Dados:** ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 606. (Tabela desenvolvida pela autora).

Com isso o Alexy conclui que nas hipóteses em que o princípio  $(P_1)$  for condicionante do princípio  $(P_j)$  o valor concreto da ponderação será sempre maior que 1, de modo diverso sendo o seu resultado inferior a 1 terá na hipótese maior preponderância o princípio  $(P_j)$  colidente.<sup>226</sup>

Ocorre que, em que pese à sofisticação do pensamento desenvolvido, ainda subsiste como situação passível de discricionariedade a hipótese de equivalência entre os princípios colidentes. Nessa conjectura diante da equiparação entre a primazia de uma norma principiológica e a não satisfação de outra, o fator decisivo na relação de precedência estará a critério do magistrado ou legislador, a quem poderá optar dentre um princípio ou outro.

Essa situação caracteriza na visão do autor uma discricionariedade estrutural na tratativa da colisão entre princípios.<sup>227</sup> Todavia, em que pese admitir uma discricionariedade, Alexy defende que tal flexibilização não consiste em uma ilegalidade, isso porque na visão dele:

<sup>225</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 158.

<sup>226</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 606.

<sup>227</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 603.



Se a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional. [...] O mesmo vale para o oposto da intervenção: a não-garantia de proteção. Se as razões a favor de uma não-proteção são tão fortes quanto as razões para a proteção, a não-proteção não é desproporcional.<sup>228</sup>

Diante do exposto é possível concluir pela completude da teorização a respeito de direitos fundamentais e aplicação de normas principiológicas proposta por Robert Alexy, isso porque conforme bem pontuado pelo autor jamais fora sua pretensão o desenvolvimento de uma formulação apta ao descobrimento da resposta exclusivamente correta.<sup>229</sup>

Nesse sentido tem-se que a estruturação apresentada em que pese não ser integralmente suficiente a resolução de todas as hipóteses a qual seja submetida não desqualifica o seu uso, haja vista que o fato de ser hábil a resolução racional de boa parte deles já justifica sua procedente.<sup>230</sup> Corrobora com o exposto a constatação de que os casos passíveis de uma discricionariedade estrutural serem diminutos.<sup>231</sup>

Ademais, não há que se negar a plausibilidade da teoria desenvolvida no quesito de estabelecimento de parâmetros racionais para tomada da decisão, de modo que considera Alexy ter sido o seu objetivo alcançado.<sup>232</sup>

A luz do exposto é possível verificar a relevância do marco teórico apresentado como divisor na aplicabilidade das normas jurídicas, especificamente após o reconhecimento dos princípios como espécie normativa. Logo se tem por consectário a significância do seu estudo na conjectura processual contemporânea, porquanto marcada a legislação vigente da incorporação dos preceitos constitucionais para verificação do processo e procedimento.<sup>233</sup>

Por fim, destaca-se de maneira mais incisiva para o estudo da temática a previsibilidade na sistemática processual vigente a da técnica da ponderação como método de resolução do

---

<sup>228</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 608.

<sup>229</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinossonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 159.

<sup>230</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 594.

<sup>231</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 609.

<sup>232</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinossonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 159.

<sup>233</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

conflito de normas,<sup>234</sup> hipótese essa que por ser objeto do presente trabalho será mais bem aprofundada no desenvolvimento do terceiro capítulo.

Visto isso, conclui-se por imprescindível a contextualização da matéria primeiramente sobre a teoria que lhe é correspondente, para só a partir de então traçar o estudo a respeito da compatibilidade entre a mesma e sua possível aplicabilidade, inserta no código de processo civil brasileiro.

---

<sup>234</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

### 3. O MARCO REGULATÓRIO DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

#### 3.1 A APLICABILIDADE DO ART. 489, § 1 E §2º À LUZ DA TEORIA PROPOSTA POR ROBERT ALEXY

Como ponto fundamental de destaque do mais recente Código de Processo Civil tem-se a previsibilidade expressa em um de seus dispositivos do dever de fundamentação das decisões judiciais. Objeto de grandes discussões a respeito de sua prescritibilidade e efetividade, a inovação aduzida pela atual sistemática processual se apresenta como medida transformadora da práxis jurisdicional na medida em que se propõe ao estabelecimento de parâmetros para verificação da decisão judicial.

Nesse sentido se faz necessário pontuar primordialmente que o dever de fundamentação da decisão judicial em princípio tem fundamento constitucional, tendo sua previsibilidade disposta no art. 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988 que assim determina:

**IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade,** podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Grifo Nosso).<sup>235</sup>

Do mesmo modo, inobstante a relevância do reconhecimento constitucional consolidado pela Constituição Federal de 1988, o qual tem como pressuposto o fortalecimento do Estado de Direito Democrático, o reconhecimento do dever de fundamentação das decisões judiciais já dispunha de previsibilidade nas Ordenações Filipinas, do qual se pode observar:

E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juizes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos os nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora Letrados, ora não o sejam, **declarem especificamente em suas sentenças definitivas,** assim na primeira instância, como no caso da apelação ou agravo, ou revista, **as causas que se fundarem a condenar, ou absorver, ou confirmar ou a revogar.** (Grifo Nosso).<sup>236</sup>

<sup>235</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, art. 93, inciso IX.

<sup>236</sup> **ORDENAÇÕES Filipinas**, Livro III, Título LXVI, n. 7. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/tabelas/ordenacoes/1-274-103-1451-04-03-66.pdf>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

Para além da predição do dever de fundamentação as disposições contidas nas Ordenações Filipinas ainda determinavam, como sanção pelo descumprimento do referido dever de exposição dos motivos que ensejaram a decisão definitiva, o pagamento de 20 a 10 cruzeiros, pelo magistrado, as partes prejudicadas por sua omissão.<sup>237</sup> Verifica-se desta maneira a preponderância do dever de fundamentação da decisão judicial já intrínseca ao ordenamento jurídico brasileiro quando do período colonial, de tal sorte que é possível asseverar que este dever acompanha a história da sistemática processual pátria.<sup>238</sup>

A luz do disposto se consolida que a obrigatoriedade da exposição das razões que fundamentam a decisão judicial prolatada não é uma inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, haja vista que conforme fora demonstrado tal dever dispõe de previsão constitucional. Ademais, há quem defenda que mesmo quando não colocado de forma expressa nos textos constitucionais deveria ser tal dever considerado como princípio constitucional implícito decorrente de um estado democrático de Direito.<sup>239</sup>

Ocorre que, ao se deparar com a prática forense é possível vislumbrar a falta de efetividade de o referido dever, na medida em que se admite ainda no sistema jurídico vigente a procedência da fundamentação infirmada pela simples repetição de argumentos aduzidos em momento processual distinto, sem que para tal se pronuncie o magistrado a respeito de suas próprias razões, prática essa evidentemente violadora da norma constitucional, popularmente denominada fundamentação *per relationem*.<sup>240</sup> Percebe-se, pois que ao se constatar até esse tempo a prevalência de decisões não fundamentadas, tem-se por oportuno e necessário uma maior expressividade do referido dever, afim de que assim se apresente como uma crescente processual.<sup>241</sup>

Nesse sentido em que pese se reconhecer a anterioridade do dever de fundamentação das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se a partir da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, que instituiu o atual Código de Processo Civil, a previsibilidade

<sup>237</sup> **ORDENAÇÕES Filipinas**, Livro III, Título LXVI, n. 7. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/tabelas/ordenacoes/1-274-103-1451-04-03-66.pdf>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

<sup>238</sup> SILVA, Beclate Oliveira. **Contornos da fundamentação no novo CPC**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). Novo CPC Doutrina Seleccionada: Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015.

<sup>239</sup> ZAWARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millennium Editora, 2004, p. 41.

<sup>240</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: A crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 242.

<sup>241</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Et. Al. Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 262.

expressa de sua observância na sistemática processual a partir da enunciação de sua observância enquanto elemento essencial da sentença, disposto no art. 489, que assim prescreve:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma 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. (Grifo Nosso)<sup>242</sup>

Percebe-se a luz do exposto que a eleição da fundamentação enquanto elemento essencial enuncia a sua inafastabilidade e, portanto relevância na prolação do *decisium*, tal que sua inobservância, ou seja, a carência de fundamentação perpetua uma nulidade processual.<sup>243</sup> Inseto nessa perspectiva é possível referendar o acerto legislativo na determinação da fundamentação enquanto elemento da decisão e não requisito, haja vista que sua observância deve integrar o resultado do julgamento e não tão somente aludir a um antecedente formal, como elemento a ser preenchido.<sup>244</sup>

Consolidada sua preponderância, verifica-se quanto à extensão da aplicabilidade do referido dispositivo que, no concerne ao dever de fundamentação, tal elemento essencial deve ser observado em qualquer pronunciamento decisório, os quais estão inseridos as decisões interlocutórias de mérito, bem como acórdãos dos Tribunais. Visto dessa maneira, tem-se que o conceito de sentença empreendido no *caput* deve ampliado para abarcar qualquer decisão de mérito genuína.<sup>245</sup>

Seguindo o mesmo entendimento, pode-se apontar que corrobora com a imprescindibilidade da justificação da decisão judicial a exigibilidade do relatório e do dispositivo, enquanto condições da sentença, haja vista que o primeiro está relacionado à fundamentação por ser uma prévia de sua enunciação, no qual se consolidam as circunstâncias que lhe são inerentes<sup>246</sup> e a parte dispositiva por lhe revelar as conclusões aduzidas. Isto posto,

<sup>242</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

<sup>243</sup> SILVA, Beclate Oliveira. **Contornos da fundamentação no novo CPC**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). Novo CPC Doutrina Seleccionada: Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015.

<sup>244</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Nulidades de processo e da sentença**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 95.

<sup>245</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado: Artigo por artigo**. 3ª Ed. Rev. e Atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 850.

<sup>246</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Nulidades de processo e da sentença**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 257.

verifica-se que quando observados conjuntamente os elementos da decisão, deverão traduzir a mesma de modo congruente, e conseqüentemente fundamentada.

Desta maneira, quando em contraposta a essencialidade da fundamentação na sistemática processual com a exigência de mesma natureza contida no texto constitucional, pode-se inferir que o referido dispositivo teve como finalidade precípua a efetivação da norma constitucional no âmbito processual, e assim consolidar sua característica enquanto garantia processual.<sup>247</sup> Tal assertiva pode ser averiguada quando em observada as demais normas de direito processual, inseridas pelo atual código, que reforça a observância dos valores e normas constitucionais<sup>248</sup>, que vedam a prolação de decisão cujos fundamentos não foram discutidos pelas partes no processo<sup>249</sup>, assim como a eleição da necessidade de fundamentação em todos os julgamentos, sob pena de nulidade, que reforçam a efetivação do texto constitucional.<sup>250</sup>

Ocorre que, para além da previsibilidade da obrigatoriedade de fundamentação, o legislador ordinário inovou, quando da elaboração do código vigente, ao estabelecer parâmetros de verificação da justificação da decisão judicial a partir da eleição daquilo que é considerado como não fundamentado, bem como do dever de justificação da utilização do método da ponderação, o que se pode observar quando da leitura do §1º e §2º do supra indicado art. 489<sup>251</sup>, que assim se apresentam:

§ 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;

<sup>247</sup> ZAWARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millennium Editora, 2004, p. 47.

<sup>248</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

Art. 1. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

<sup>249</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

<sup>250</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

<sup>251</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

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.

A simples leitura do primeiro parágrafo trasladado já induz ao marco de maior relevância na regulamentação processual da temática concernente a fundamentação, qual seja a progressividade do referido dispositivo, evidenciada pela enunciação de hipóteses, não existentes anteriormente, na qual uma decisão judicial se apresenta injustificada. Percebe-se, assim que para além da exigibilidade de fundamentação, a legislação processual introduziu no ordenamento jurídico brasileiro parâmetros de correção da decisão judicial, cuja perspectiva negativa traz balizas para o exercício da atividade jurisdicional.<sup>252</sup>

Por ser considerado um avanço em relação à exigibilidade disposta no texto constitucional o parágrafo 1º do art. 489 do código processual não dispõe de um rol taxativo das hipóteses de decisão não fundamentada, pois que, entendimento nesse sentido contraria a sua finalidade de dar maior efetividade ao dever de fundamentação na medida em que restringiria sua observância apenas aos casos elencados. À luz desse entendimento, destaca-se aqui o Enunciado nº 303 aprovado no Fórum Permanente de Processualistas Cíveis / FPPC que assim consolida “as hipóteses descritas nos incisos do §1º do art. 489 são exemplificativas”.<sup>253</sup>

Ademais, sob a ótica estrutural normativa vislumbra-se que a enunciação das hipóteses elencadas como exclusivas expõe a ilegitimidade do legislador ordinário de restringir o conteúdo de uma garantia constitucional ao lhe definir. Nesse diapasão, diante da ausência de autorização constitucional nesse sentido, deve-se considerar a preponderância da Constituição Federal sob o ordenamento jurídico e sua estrita observância. Eis que consciente dessa limitação normativa o legislador do Código de Processo Civil vigente não pretendeu dizer o que é uma

<sup>252</sup> SILVA, Beclate Oliveira. **Contornos da fundamentação no novo CPC**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). Novo CPC Doutrina selecionada: Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias. Vol. 2. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 365.

<sup>253</sup> **Enunciados do fórum permanente de processualistas**. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

decisão judicial fundamentada e sim estabelecer hipóteses na qual àquela será considerada não fundamentada.<sup>254</sup>

Percebe-se assim que a diferença sutil entre dizer aquilo o que é uma decisão fundamentada e expressar as hipóteses em que a decisão prolatada não é considerada fundamentada consolida a constitucionalidade do supracitado dispositivo. Do mesmo modo, se constitui em um caráter vinculativo, de orientação ao exercício da atividade jurisdicional e a constitucionalização processual intrínseca em sua previsibilidade, em atendimento ao que se encontra previsto na norma que inaugura o código.<sup>255</sup>

Visto dessa maneira é que se pode afirmar que a disposição normativa em comento é importante instrumento de efetivação da garantia constitucional de motivação das decisões judiciais, na medida em que auxilia aos aplicadores do direito à produção de uma decisão fundamentada, assim como beneficia sua melhor identificação.<sup>256</sup> Desta maneira, consolida-se que o regramento exposto tende a exigir um maior zelo na exposição dos fundamentos decisórios.<sup>257</sup>

Logo, tem-se por necessário a reafirmação de seus preceitos e conseqüentemente o estudo aprofundado sobre as hipóteses discorridas no sentido de assim evidenciar a perspectiva analítica processual introduzida pelo atual Código Processual Civil que exige da atividade jurisdicional uma atuação mais argumentativa.

Diante do exposto, conclui-se que a inovação legislativa proporcionada pela inclusão do §1º do art. 489 na legislação processual civil traz novos contornos a temática da fundamentação da decisão judicial, na medida em que consolida por meio de parâmetros concretos aquilo que em hipótese alguma poderá ser considerado fundamento suficiente à validação de um *decisum*.

Nesse quesito destaca-se a correlação da finalidade legislativa preconizada por meio da introdução da norma indicada na sistemática processual para com o objeto de estudo da Teoria da Argumentação Jurídica desenvolvida por Alexy, qual seja o estabelecimento de critérios de

---

<sup>254</sup> SOUZA, Fábio Luís Pereira De. **A fundamentação das decisões judiciais e o novo código de processo civil: Uma mudança profunda.** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). Novo CPC Doutrina Seleccionada: Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 397.

<sup>255</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil Brasileiro.** Brasília, DF: Congresso Nacional.

Art. 1. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

<sup>256</sup> SILVA, Beclate Oliveira. **Contornos da Fundamentação no Novo CPC.** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). Novo CPC Doutrina Seleccionada: Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 365.

<sup>257</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado: Artigo por artigo.** 3ª Ed. Rev. e Atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 850.



verificação racional da decisão judicial.<sup>258</sup> Deste modo, pontua-se que o código vigente incorporou a justificação analítica do discurso jurisdicional como método de enfretamento da subjetividade intrínseca a interpretação e aplicação do Direito, método esse também proposto por Alexy.<sup>259</sup>

Destarte, perpetua-se na sistemática preconizada pelo código de processo civil hodierno uma inclinação para a adoção da mesma perspectiva apontada por uma teoria argumentativa, a preocupação do “por quê?” e não do “como?”, tal que a apuração da racionalidade e correção da decisão judicial consiste na exposição de seus fundamentos.<sup>260</sup>

O posicionamento apresentado se perfaz melhor condizente com teoria jurídica moderna na medida em que se sobrepõe ao caráter subjetivo da interpretação / aplicação do Direito, de modo que objeto de controle da atividade jurisdicional é o pronunciamento externado, ou seja, a decisão prolatada. Logo a previsibilidade do dever de fundamentação e consequentemente parâmetros de sua verificação “torna a linguagem jurídica mais depurada, mais clara e, portanto, intersubjetivamente controlável”, sendo tais considerações seguimentos proposto por uma teoria analítica.<sup>261</sup>

Assim compreendido, uma vez evidenciada a similitudes da tratativa da fundamentação da decisão judicial pelo código de processo civil vigente para com a perspectiva analítica do Direito preconizada pela teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Alexy, é que se seguirá nos tópicos subsequentes o estudo detalhado dos critérios definidos no §1º e §2º do art. 489, a fim de verificar a aplicabilidade e consonância daquela teoria com estes.

### 3.2 HIPOTÉSES DE VIOLAÇÃO DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DISPOSTAS NO §1º DO ART. 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DA TEORIA ANÁLITICA DE ROBERT ALEXY

<sup>258</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 216-217.

<sup>259</sup> ZANETI JR., Hermes ; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. . Teoria da Decisão Judicial No Código de Processo Civil: Uma Ponte Entre Hermenêutica e Analítica? *In: Revista de Processo*. Vol. 259/2016. P. 21-53, Set./2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produto\\_s/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.259.01.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.01.PDF)>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

<sup>260</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa De. **Teoria do direito e da decisão racional: Temas de teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 360-361.

<sup>261</sup> ZANETI JR., Hermes ; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. . Teoria da Decisão Judicial No Código de Processo Civil: Uma Ponte Entre Hermenêutica e Analítica? *In: Revista de Processo*. Vol. 259/2016. P. 21-53, Set./2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produto\\_s/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.259.01.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.01.PDF)>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

Conforme fora pontuado a introdução do parágrafo 1º do art. 489 no Código de Processo Civil vigente importou para o dever de fundamentação das decisões judicial, preconizado no texto constitucional enquanto garantia processual fundamental, uma nova perspectiva. Tal assertiva se constitui porque ao discorrer sobre situações violadoras do dever de fundamentação a legislação processual traçou regras comportamentais ao exercício da atividade jurisdicional de observância obrigatória, sob pena de nulidade da decisão proferida.<sup>262</sup>

Destarte, é possível comprovar que a sistemática processual introduzida delineia de modo expresso seu viés argumentativo ao dispor enquanto norma fundamental a necessidade de motivação dos atos decisórios, e para além do mais pormenorizar a sua observância a partir da renúncia absoluta de práticas corriqueiras perpetradas na vivência jurisdicional. Por assim ser considerado, é que se irá vislumbrar dentre o rol disposto no referido dispositivo normativo, hipóteses já consagradas doutrinariamente em conjunto com inovações traduzidas pelo estabelecimento do sistema de precedentes obrigatórios na sistemática processual brasileira.<sup>263</sup>

À luz do disposto é que se procederá a análise detalhada das hipóteses contidas no artigo em estudo, a fim de averiguar a aproximação do direito de fundamentação para com a teoria argumentativa do direito, notadamente a qual foi difundida pelo autor Robert Alexy, haja vista a relevância da fixação de parâmetros racionais de verificação da decisão judicial na sistemática processual brasileira.

### 3.2.1 Decisão Restrita a Indicação de Texto Normativo

No tocante a decisão restrita à indicação de texto normativo, lê-se o seguinte inciso:

Art. 489, §1º:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;<sup>264</sup>

<sup>262</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie ; BRAGA, Paula Sarno ; OLIVEIRA, Rafael Alexandria De. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** Vol. 2. 13ª Ed. Atual. R. e Ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 375.

<sup>263</sup> SOUZA, Fábio Luís Pereira De. **A fundamentação das decisões judiciais e o novo código de processo civil: Uma mudança profunda.** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Novo CPC Doutrina Seleccionada: Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias.** Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 397.

<sup>264</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil Brasileiro.** Brasília, DF: Congresso Nacional.

Como premissa basilar da observância do dever de fundamentação da decisão judicial o legislador infirmou enquanto prática violadora dessa garantia a simples reprodução textual de dispositivos normativos sem que lhe seja empregado o sentido construído e conseqüentemente sua relevância e suficiência para resolução da lide ao considerar o caso concreto.

Verifica-se desta maneira como pressuposto teórico a invocação da referida conduta o reconhecimento normativo da insuficiência da aplicação do método subsuntivo de modo isolado no exercício da atividade jurisdicional.<sup>265</sup> Nesse desiderato tem-se que como requisito ao preenchimento do dever de fundamentação da decisão judicial a superação de uma aplicação do Direito embasada somente na disposição estrutural de uma premissa maior, compreendida pelo enunciado prescritivo da norma jurídica referênciada, uma premissa menor, evidenciada pela narrativa nuclear do fato objeto de análise, e pôr fim a conclusão advinda das proposições anteriores.<sup>266</sup>

Tal aferição tem como fundamento a carência de parâmetros objetivos de verificação da decisão judicial enquanto ato silogístico, na medida em que a enunciação de um dispositivo normativo, apenas considerado enquanto texto, não tem o condão de lhe indicar a norma aplicada, bem como apontar a plausibilidade das premissas adotadas, o requer maior esforço argumentativo do operador do Direito. Ao corroborar com o disposto Leonard Schmitz elabora a crítica de que a utilização desse método como meio hábil a fundamentação da decisão judicial apenas se apresenta como um mecanismo de racionalização que traz enrustido em sua enunciação os verdadeiros motivos do ato decisório.<sup>267</sup>

No mesmo sentido, Alexy enquanto difusor da teoria da argumentação já fazia crítica à utilização do modelo silogístico clássico como procedimento de aplicabilidade das normas jurídicas, isso porque conforme assevera o próprio autor tal estruturação lógica não se perfaz suficiente à racionalização da decisão diante de casos mais complexos. De modo exemplificativo, o autor enuncia o fato de sua aplicabilidade possibilitar diversas conseqüências jurídicas, na qual sendo todas logicamente plausíveis não é possível identificar qual o critério utilizado para definição de uma em detrimento da outra.<sup>268</sup>

---

<sup>265</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie ; BRAGA, Paula Sarno ; OLIVEIRA, Rafael Alexandria De. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Vol. 2. 13ª Ed. Atual. R. e Ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 377.

<sup>266</sup> LUCCA, Rodrigo de Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 160.

<sup>267</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: A crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 79.

<sup>268</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 216-217.

Consciente desse subjetivismo, Kelsen, autor referenciado pela elaboração de uma Teoria Pura do Direito ainda sob a égide de uma perspectiva formalista, já apontava que a interpretação normativa, diante da variabilidade de conceituações possíveis dispostas no texto normativo, indicavam no exercício da atividade jurisdicional a multiplicidades de asserções, cabendo então ao magistrado a discricionariedade para designação do sentido atribuído dentro daquilo pelo qual denominava de moldura jurídica.<sup>269</sup> Nesse quesito se faz necessário pontuar que na visão do autor o critério de decibilidade dentre as possibilidades plausíveis não mais cabia a Ciência do Direito e por isso não poderiam ser objeto de seu estudo.<sup>270</sup>

Ocorre que, nesse quesito se apresenta a diferenciação metodológica formulada pela teoria defendida por Alexy em detrimento do positivismo sustentado por Kelsen, haja vista que em que pese aquele admitir o subjetivismo intrínseco a atividade de interpretação e aplicação do Direito, se propõe a restringir o âmbito de discricionariedade interpretativa por meio da elaboração de metodologia própria, a qual se caracteriza, no que diz respeito a sua procedimentalização conteúdo inerente a ciência jurídica.<sup>271</sup>

No sentido de consolidar o exposto Alexy afirma que se passíveis de serem racionalmente justificados os discursos jurídicos dispõe de critérios objetivos de materialização do controle, os quais se respaldam pela observância do procedimento erigido.<sup>272</sup> Tal metodologia se constitui na formulação da teoria da argumentação jurídica, responsável pela superação do pensamento lógico-dedutivo até então desenvolvido.<sup>273</sup>

Como principal ponto de destaque nessa perspectiva evolutiva tem-se a caracterização do discurso jurídico como espécie própria do discurso prático geral, na medida em que tal configuração determina o caráter prático de sua aplicabilidade. Logo se tem que seu objeto se caracteriza por discutir o que é permitido ou proibido diante de um caso concreto sob o viés da pretensão de correção preconizado no ordenamento jurídico.<sup>274</sup>

<sup>269</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 390.

<sup>270</sup> TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **A distinção entre discricionariedade legislativa e judicial: Uma proposta a partir das teorias de Kelsen e Alexy**. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). O pensamento de Robert Alexy como sistema. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.104.

<sup>271</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 7.

<sup>272</sup> TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **A distinção entre discricionariedade legislativa e judicial: Uma proposta a partir das teorias de Kelsen e Alexy**. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). O pensamento de Robert Alexy como sistema. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 105.

<sup>273</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **O dever de fundamentação das decisões judicial e o novo código de processo civil brasileiro**. In: CARVALHO FILHO, Antônio (Org.). SAMPAIO JÚNIOR, Herval (Org.). Os juízes e o novo CPC. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 263.

<sup>274</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 210.

Destarte, uma vez certificado o caráter pragmático da ciência jurídica, o autor institui a imprescindibilidade da justificação do discurso jurídico mediante o aspecto interno, desenvolvido pelo silogismo de enunciação do regramento normativo aplicável ao caso, mas também de seu aspecto externo, que averigua a correção das premissas estabelecidas para com o caso concreto. Para tanto se toma em consideração os fatos que o delimitam a hipótese analisada, sendo esses argumentos preponderantes na construção e resultado do discurso jurídico.<sup>275</sup>

Desta maneira, observados tais diferente âmbitos de justificação é que então se poderá chegar a uma decisão argumentativa, que definirá a norma jurídica individual do caso concreto. Eis que, a partir de então já se tem por consolidada a diferenciação necessária entre o texto normativo e a norma jurídica aplicável ao caso, na medida em que esta última se caracteriza não só pela interpretação do primeiro em confronto com as narrativas fáticas aduzidas no processo, como também em relação as das demais formas de argumento admitidas no ordenamento jurídico.<sup>276</sup> Assim, reitera-se a imprescindibilidade da conexão entre a hipótese fática e o conteúdo decisório, no sentido de individualizar a norma jurídica do caso concreto por meio de seus argumentos, conforme retratado pelo dispositivo em apreço.<sup>277</sup>

Ao reconhecer essa perspectiva pendular do processo de aplicação das normas jurídicas, o Código de Processo Civil consolida a orientação doutrinária de que a prestação eficiente da atividade jurisdicional na prolação de um ato decisório depende da enunciação de seus fundamentos, o qual estará demonstrado pela exposição do sentido atribuído a norma aplicada e sua correlação para com o caso a ser resolvido. Portanto, vislumbra-se como dever intrínseco à fundamentação a aproximação enunciada pelo magistrado do contexto normativo e o contexto fático, de modo que esse vínculo reste demonstrado.<sup>278</sup>

Nesses termos, verifica-se, mesmo que não disposta de forma expressa a aproximação do Código de Processo Civil para com o estudo das teorias da argumentação jurídica. Esse entendimento se assevera pelo fato de o dispositivo analisado remeter a atuação do magistrado à evidenciação e explicação das premissas e conclusões estabelecidas para um caso concreto,

---

<sup>275</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 11.

<sup>276</sup> BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas fronteiras da argumentação: A discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p 91.

<sup>277</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHANRT, Sérgio Cruz. MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 443.

<sup>278</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Art. 489 do CPC**. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Et al.* Comentários ao código de processo civil. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 434.

como meio de legitimação da decisão judicial através da substancial justificação de seu ato decisório em todas as suas vertentes, normativa e fática.<sup>279</sup>

No sentido de atender a afirmação supracitada, cita-se a progressividade da teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Robert Alexy que consolidou o controle intersubjetivo da atividade jurisdicional por meio da argumentação lógica das premissas estabelecidas na resolução de um caso concreto, de modo que abrangesse o aspecto interno de sua configuração, disposto no seu enquadramento normativo, bem como aspectos externos, que verifica a correção das premissas estabelecidas na sua determinação e assim o resultado empreendido.<sup>280</sup>

Diante do exposto, tem-se que a consolidação do viés analítico da aplicação/interpretação do Direito, apresentada na sistemática processual, engloba o exercício da atividade jurisdicional sob todos os aspectos concernentes a resolução do caso concreto, onde se preceitua a racionalidade do ato decisório mediante a justificativa de seus elementos, fato e norma e sua respectiva correlação.

Visto isso, é possível concluir pela aplicabilidade da teoria argumentativa proposta por Alexy, quanto ao atendimento do dever de fundamentação preconizado pelo art. 489, inciso I do CPC, isso porque conforme demonstrado em que pese o autor não descartar a utilização do silogismo jurídico, enquanto procedimento de justificação interna do discurso, estabelece aquele como procedimento complementar sua justificação externa, o que se mostra válido para que suas premissas sejam demonstradas.<sup>281</sup>

Corroborando com o exposto, o controle intersubjetivo da atuação jurisdicional preconizado por Alexy por meio da densificação argumentativa de seu exercício, tal que a verificação da decisão não está correlacionada à existência de uma resposta correta e sim ao efetivo cumprimento do dever argumentativo atribuído ao magistrado no que diz respeito à elaboração de um discurso amplamente justificado.<sup>282</sup> Então a utilização da metodologia proposta atenderá ao encargo de se exporem as razões que delineiam a decisão prolatada e conseqüentemente a congruência entre os parâmetros normativos utilizados e contexto fático.

### 3.2.2 Decisão sem Fundamentação de Conceitos Jurídicos

<sup>279</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado: Artigo por artigo**. 3ª Ed. Rev. e Atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 852.

<sup>280</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 219.

<sup>281</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 227.

<sup>282</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 7.

A respeito da carência de fundamentação das decisões judiciais pela utilização de conceitos jurídicos indeterminados, dispõe o seguinte inciso:

Art. 489, §1º:

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

De acordo com a norma indicada, menção à utilização de conceitos jurídicos indeterminados sem a efetiva explanação do sentido que lhe é empreendido viola o dever de fundamentação. Tal disposição expressa se constitui no fato de os conceitos jurídicos indeterminados serem compreendidos como normas composta por termo de conteúdo impreciso, o que pressupõe multisignificações e, portanto depende de determinação.<sup>283</sup>

Logo, vislumbra-se que em se tratando de norma jurídica de textura aberta, a sua aplicabilidade requer um maior desdobramento do intérprete quanto à definição de seu conteúdo, no sentido de, a partir de então, lhe assegurar a consequência jurídica já estabelecida, como é o caso do princípio processual fundamental da boa-fé previsto no ordenamento pátrio.<sup>284</sup>

A simples menção ao termo boa-fé já introduz em seu leitor uma idealização de sua significação de modo amplo genérico, todavia não tem o condão de lhe indicar precisamente qual o comportamento deve ser considerado como de boa-fé. Nesse sentido, diante da imprecisão que lhe é inerente, Leonard Schmitz defende então ser imprescindível que “no corpo da fundamentação esteja presente o que se entende por boa-fé e quais as atitudes da parte [...] não atenderam a essa exigência [...]”.<sup>285</sup>

Percebe-se, pois que a previsibilidade de normas compostas por conceitos jurídicos indeterminados ampliam o espectro da capacidade interpretativa do operador do Direito, de modo que diante da subjetividade que lhe é inerente devem ser demonstradas as razões decisórias de uma acepção em detrimento de outra.<sup>286</sup> O mesmo ocorre com a previsibilidade pela sistemática jurídica de normas expressa por meio de cláusulas gerais, cuja imprecisão

<sup>283</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHANRT, Sérgio Cruz. MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 443.

<sup>284</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: A crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 301.

<sup>285</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: A crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 301.

<sup>286</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie ; BRAGA, Paula Sarno ; OLIVEIRA, Rafael Alexandria De. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Vol. 2. 13ª Ed. Atual. R. e Ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 382.

terminativa para além do conteúdo também está correlacionada à determinação de suas consequências.<sup>287</sup>

Coaduna com o exposto, o fato de que mesmo dotado de conteúdo vago ou ambíguo o termo linguístico disposto em uma norma jurídica, por si só, já impõe restrições a determinabilidade de seu conceito e, conseqüentemente de sua aplicação<sup>288</sup>, o que reitera a necessidade de sua justificação. Visto isso, defende-se que o dispositivo em análise também se aplica às cláusulas gerais<sup>289</sup>, de modo que o regramento inserto em relação ao dever de fundamentação analítica da decisão proferida se constitui sob a égide de uma norma textura aberta, que seja por dispor de conceitos jurídicos indeterminados ou por se tratar de cláusula geral.

Contraposta a hipótese normativa discorrida para com a teoria argumentativa do Direito desenvolvida por Alexy, percebe-se que em que pese a mesma não dispor da terminologia e diferenciação entre conceitos jurídicos indeterminados e cláusula geral, já se constituía como objeto daquela a problematização da racionalidade interpretativa decorrente da aplicação de normas de textura aberta, notadamente diante da vagueza da linguagem jurídica reconhecida pelo autor.<sup>290</sup>

Assim, diante da imprecisão de seu conteúdo, as normas consideradas pelo autor de textura aberta, por preceituarem uma maior liberdade interpretativa do intérprete na sua aplicação, justificam a procedimentalização do discurso jurídico por meio das regras do discurso prático geral somadas as regras específicas do discurso jurídico.<sup>291</sup>

Nesse sentido, destaca-se como compatível para com o dispositivo supracitado o mandamento inserto no ponto (1.4) das Regras Fundamentais do discurso, o qual determina que “diferentes oradores não podem usar a mesma expressão com diferentes significados”.<sup>292</sup> Tal regramento expõe como pressuposto de estabelecimento do discurso entre partes à

---

<sup>287</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie ; BRAGA, Paula Sarno ; OLIVEIRA, Rafael Alexandria De. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Vol. 2. 13ª Ed. Atual. R. e Ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 383.

<sup>288</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Os limites linguísticos-legislativos da discricionariedade judicial**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194909/000861776.pdf>>. Acesso em: 02 de mai. de 2018.

<sup>289</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHANRT, Sérgio Cruz. MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 443.

<sup>290</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 88.

<sup>291</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 88-89.

<sup>292</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 51.



individualização da linguagem utilizada e conseqüente a significação das expressões<sup>293</sup>, de modo que diante de conceitos jurídicos indeterminados, bem como cláusulas gerais caberá ao magistrado elucidar o sentido atribuído a esses elementos normativos, a fim de manter a clareza e sentido do discurso.

Ocorre que, em não bastasse isso, deve-se acrescentar ao discurso prático a especificidades do discurso jurídico, o qual diante de seu caráter vinculado exige uma justificação interna e externa.<sup>294</sup> Desse modo, caberá à demonstração do silogismo correlato a aplicabilidade da norma cuja textura é aberta, em consonância com o sentido que lhe fora atribuído, para o caso sob análise, e ainda mais a justificação dessas premissas.

Nesse sentido, ressalta-se como forma de justificação admitida a argumentação empírica, no qual se considera para fundamentação do enquadramento normativo procedido as circunstâncias específicas do caso concreto, por meio da enunciação sobre os fatos que permeiam o processo.<sup>295</sup> Deste modo, vislumbra-se o atingimento da finalidade exposta no inciso II do art. 489, na medida em que a utilização da argumentação empírica satisfaz a aplicabilidade de normas de conteúdo aberto – conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais – em atenção a demonstração da sua compatibilidade para com o caso concreto.

Visto desta maneira, de modo exemplificativo, conclui-se que em se tratando da incidência de norma jurídica estabelecida mediante a observância da boa-fé, conceito jurídico indeterminado, a utilização da argumentação jurídica preconizada por Alexy satisfaz o dever de fundamentação anteriormente atribuído por Schmitz<sup>296</sup> ao magistrado que com base nela decide. Isso porque, estabelece como parâmetro de correção do ato decisório a enunciação de seu conteúdo e as razões fáticas que confirmam seu cumprimento ou violação.

Notadamente, diante do caráter argumentativo da teoria apresentada, tem-se que a sua utilização preenche o dever de fundamentação inerente a aplicabilidade de normas jurídicas de conteúdo aberto, uma vez que o viés analítico de sua formulação pressupõe a enunciação dos significados atribuídos, assim como a justificação de sua pertinência para com a hipótese fática em apreço.

---

<sup>293</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 189-190.

<sup>294</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 219.

<sup>295</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 230.

<sup>296</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: A crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 301.

### 3.2.3 Decisão Genérica

A temática referente à ausência da fundamentação pelo pronunciamento de decisão genérica, se encontra elencada no seguinte inciso:

Art. 489, §1º:  
III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

A leitura do dispositivo apresentado constitui uma preocupação para com a efetivação do dever de fundamentação, no sentido de que seja o mesmo substancialmente desenvolvido. Nesse sentido Fredie Didier esclarece que a justificação exigida pela sistemática jurídica diz respeito ao seu conteúdo propriamente dito e não tão somente ao preenchimento de formas normativas já estabelecidas.<sup>297</sup>

Destarte, destaca-se como desdobramento dessa perspectiva a conduta violadora da decisão judicial prolatada em desconsideração das particularidades do caso concreto, assim como a utilização de decisões padrões não qual apenas se altera a nome das partes envolvidas e a numeração processual.<sup>298</sup>

Percebe-se, pois um direcionamento da legislação processual para o enfrentamento das questões aduzidas no processo, de modo pormenorizado, no qual se tome como dever a exposições das razões atinentes a demanda<sup>299</sup>, mesmo diante de hipóteses cuja resolução diga respeito a simples enunciação silogística.

Em consonância com o exposto, a aplicação da teoria da argumentação proposta por Alexy também preconiza o exercício do dever de fundamentação de modo substancial, tal que conforme asseverado o procedimento por ela fixado, objetiva o estabelecimento de um consenso entre seus participantes por meio da exposição de argumentos. Nesse ponto, se faz necessário aduzir que o convencimento almejado perpassa exclusivamente por meio da

<sup>297</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie ; BRAGA, Paula Sarno ; OLIVEIRA, Rafael Alexandria De. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** Vol. 2. 13ª Ed. Atual. R. e Ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 384.

<sup>298</sup> SOUZA, Fábio Luís Pereira De. **A fundamentação das decisões judiciais e o novo código de processo civil: Uma mudança profunda.** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Novo CPC Doutrina Seleccionada: Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias.** Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 398-399.

<sup>299</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **O dever de fundamentação das decisões judicial e o novo código de processo civil brasileiro.** In: CARVALHO FILHO, Antônio (Org.). SAMPAIO JÚNIOR, Herval (Org.). **Os juízes e o novo CPC.** Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 263.

justificação das razões aduzidas, conforme disposição contida nas Regras da Fundamentação erigidas no discurso prático geral.<sup>300</sup>

Destarte, em que pese dispor de uma teoria procedimental a sua utilização não consiste na sobreposição arbitrária de uma única razão, tal que conforme se apreende de suas nuances são admitidos resultados dessemelhantes mesmo em diante de uma metodologia. Logo, sua racionalidade e utilidade prática consistem exatamente na exposição e, conseqüente plausibilidade dos motivos que conduziram o resultado aferido.<sup>301</sup>

Pensado desta maneira, é que a utilização da teoria da argumentação jurídica se coaduna com o dispositivo em apreço, uma vez que conforme esposado em sua enunciação o dever de fundamentação só restará cumprido quando da justificação substancial de seu conteúdo, sendo esse o caráter legitimador de sua correção.<sup>302</sup>

Desse modo, conclui-se que mesmo que diante de circunstâncias na qual a resolução da lide se perfaça mediante a aplicabilidade do conteúdo literal de disposição normativa, como é o caso da prolação de sentença homologatória de autocomposição judicial<sup>303</sup>, ainda assim se faz necessária à justificação da pertinência desse regramento para o caso concreto.

À luz do exposto, remonta-se novamente a diferenciação proposta por Alexy dentre as duas etapas de justificação, a interna e a externa<sup>304</sup>, a qual a primeira se traduz na exposição da incidência normativa sobre a circunstância fática em apreço, e a segunda a exposição dos argumentos que convalidam a primeira, o que nos dizeres do autor se consolida na seguinte asserção:

Para fundamentar as regras necessárias para cada nível particular de desenvolvimento, é preciso entrar com profundidade tanto nas especificidades dos fatos como nas particularidades da norma. Isso ocorre na justificação externa, na qual são possíveis todos os argumentos admissíveis no discurso jurídico.<sup>305</sup>

<sup>300</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 191.

<sup>301</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinossonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 67.

<sup>302</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinossonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 308.

<sup>303</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 11 A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

<sup>304</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 219.

<sup>305</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 227.

Vislumbra-se desta maneira, que o conteúdo normativo expresso no inciso III do art. 489 do CPC, se encontra amparada pela teoria da argumentação jurídica defendida por Alexy, isso porque no entendimento do autor o caráter argumentativo do discurso jurídico só restará cumprido se considerado em relação às particularidades do caso concreto.

Consolida-se desta maneira a diferenciação do caráter qualificatório da teoria da argumentação jurídica, na medida em que essa se presta a enunciação de uma decisão judicial fundamentada, de modo que a sua não observância não retira o caráter de decisão do pronunciamento judicial não fundamentado ou mal justificado.<sup>306</sup>

Do mesmo modo se porta a incidência da norma em análise, uma vez que, em que pese a sua observância ser de caráter obrigatório, é possível se constatar a sua não efetivação, sendo-lhe ainda as partes concordantes. Visto isso se tem que, assim como a teoria apresentada, tal regramento insere uma pretensão de correção do processo judicial, ou seja, uma situação ideal de decisão a qual na prática pode não ser empreendida, sem que para tanto se perca o caráter decisório de seu conteúdo como é o caso da decisão judicial que reconhecida à hipótese de autocomposição simplesmente homologa o seu conteúdo.

### **3.2.4 Decisão Contrária ao Elemento Persuasivo do Contraditório Substancial**

No que se refere ao dever de fundamentação da decisão judicial como garantia efetiva do contraditório substancial, destaca-se a seguinte hipótese normativa:

Art. 489, §1º:

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

Com fundamento na leitura da norma transladada é possível identificar a preocupação do legislador processual para com o exercício do mínimo do dever de fundamentação da decisão judicial, qual seja o enfrentamento pormenorizado dos argumentos contrários à decisão tomada. Tal assertiva se consolida pelo fato de se admitir na jurisprudência pátria, como requisito mínimo de fundamentação, diante da pluralidade de argumentos que podem ser suscitados,

---

<sup>306</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 267.

apenas a enunciação de motivo suficiente para justificar a decisão, independentemente se coincidentes com os apresentados pelas partes.<sup>307</sup>

Percebe-se, então no que diz respeito ao dispositivo em análise, que o dever de fundamentação tem como objeto o enfrentamento de qualquer argumento capaz de se sobrepor ao entendimento esposado pelo magistrado, no sentido de que seja demonstrada a razão pela qual este último prevaleceu. Por conseguinte tem-se que, diferentemente do que deduzido por parte da doutrina, a regra em questão não se subsumi ao enfrentamento somente dos argumentos deduzidos pelo sujeito sucumbente, e sim de qualquer questão juridicamente passível de contrariar o resultado empreendido, suscitada pelos sujeitos da relação processual.<sup>308</sup>

Nesse quesito, pontua-se a efetivação do contraditório substancial enquanto dever de o magistrado efetivamente tomar conhecimento e assim passar a considerar os argumentos suscitados pelas partes da relação processual.<sup>309</sup> Do mesmo modo, pontua-se o caráter democrático de construção da decisão judicial, no qual efetivamente se estabelece como parâmetro de sua correção a concretude de um diálogo entre sujeitos do processo.<sup>310</sup>

Inserto nessa perspectiva destaca-se a consonância existente entre o conteúdo normativo consagrado e o regramento sobre as regras da razão e do ônus de fundamentação preconizado pela teoria da argumentação jurídica, as quais amparadas nas regras do discurso prático estabelecem como dever procedimental a garantia da liberdade de expressão e a argumentação de contra-argumentos.<sup>311</sup>

No que diz respeito à liberdade de expressão e, conseqüente autonomia da manifestação dos sujeitos participantes do discurso, elenca-se o regramento exposto nos pontos (2.1), (2.2) (a), (b), (c) e (2.3).<sup>312</sup> Tais regras de conduta garantem para além de da participação democrática no discurso, seu desenvolvimento sob uma perspectiva crítica, o que por si só possibilita que se

<sup>307</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **O dever de fundamentação das decisões judicial e o novo código de processo civil brasileiro.** In: CARVALHO FILHO, Antônio (Org.). SAMPAIO JÚNIOR, Herval (Org.). Os juízes e o novo CPC. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 266.

<sup>308</sup> SOUZA, Fábio Luís Pereira De. **A fundamentação das decisões judiciais e o novo código de processo civil: Uma mudança profunda.** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). Novo CPC Doutrina Seleccionada: Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 399.

<sup>309</sup> SILVA, Beclate Oliveira. **Contornos da fundamentação no novo CPC.** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). Novo CPC Doutrina Seleccionada: Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 368.

<sup>310</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHANRT, Sérgio Cruz. MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum.** Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 445.

<sup>311</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** 2ª Ed. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 54-57.

<sup>312</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 191.

alcance um resultado correto. Eis que então, reside aí a elucidação da pretensão de correção do consenso aferido mediante a observância de seus pressupostos.<sup>313</sup>

No mesmo seguimento, o dever de contra argumentar se coaduna com o mandamento (3.3), expresso na máxima de que “quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos”.<sup>314</sup> Constatase que, assim como preconizado pelo dispositivo processual a metodologia analítica defendida por Alexy impõe um ônus argumentativo como requisito de racionalidade do discurso empreendido<sup>315</sup>, de modo que ao magistrado/orador sujeito preponderante na tomada da decisão subjaz o dever de contrapor os argumentos deduzidos contrários a tese apresentada.

Nessa perspectiva, certifica-se, portanto a delimitação do ônus argumentativo, tal que se exige apenas a refutação justificada dos contra-argumentos, independentemente de qual sujeito do discurso o tenha suscitado, pois o objeto da fundamentação é a reação motivada, como forma de legitimação da preponderância de entendimento diverso.<sup>316</sup>

Diante do exposto, tem-se que a tratativa do dispositivo em análise converge com o estabelecimento de uma procedimentalização do dever de fundamentação sob o critério de racionalidade, tal que a sua aplicabilidade se traduz em um parâmetro de conduta do magistrado quando da elaboração da decisão judicial, o qual por si só conduz a uma correção, independentemente do resultado aferido.<sup>317</sup>

Visto isso, assim como ocorre com as regras do discurso prático o referido enunciado é compatível com a perspectiva analítica de Alexy na medida em que toma partido da demonstração de como se empreendeu determinado resultado e não o resultado em si, a qual ficará a cargo da teoria argumentativa por meio de seus processos de justificação.<sup>318</sup>

### 3.2.5. Decisão Restritivamente Jurisprudencial

<sup>313</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 193.

<sup>314</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 194-195.

<sup>315</sup> ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 72.

<sup>316</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 58.

<sup>317</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 76.

<sup>318</sup> ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 72.

A obrigatoriedade da fundamentação da decisão judicial, no que concerne a utilização de argumento jurisprudencial se encontra amparada no seguinte regramento:

Art. 489, §1º:

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;

O fundamento da elaboração do enunciado supracitado consiste na aplicabilidade injustificada de precedente ou entendimento jurisprudencial firmado, sendo assim compreendida a decisão judicial que faz uso de *decisum* consolidado em outro processo judicial sem que para tanto demonstre a compatibilidade entre aquele e o caso em apreço. Logo, se estabelece como consectário de sua observância o dever de o magistrado fundamentar menção à súmula ou precedente mediante demonstração da pertinência de sua incidência em situação jurídica diversa daquela no qual fora produzida.<sup>319</sup>

Nesse sentido se faz necessário pontuar que o regramento em questão se apresenta como um óbice à perpetuação da prática jurisdicional de utilizar como padrão decisório os argumentos suscitados em outros processos fazendo apenas menção a estes, sem justificar o seu emprego, conduta a qual se denominou de motivação *per relationem*.<sup>320</sup> Tal perspectiva se constitui no fato de que assim como é procedido com as leis, os precedentes e as súmulas, também carecem de interpretação para determinação de sua incidência e conteúdo, de modo que sua utilização requer a exposição de motivos determinantes.<sup>321</sup>

Visto dessa maneira se constitui que a efetivação da hipótese prevista no indicado inciso se perpetra na comparação analítica entre o precedente e a súmula utilizada como *ratio decidendi* para com a causa a ser julgada.<sup>322</sup> Assim deve ocorrer porque a definição do conteúdo de uma súmula ou precedente já se constitui num resultado interpretativo do ordenamento jurídico, que por sua vez estabelece uma regulamentação geral e abstrata, assim como a lei.<sup>323</sup>

<sup>319</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado: Artigo por artigo**. 3ª Ed. Rev. e Atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 855.

<sup>320</sup> SOUZA, Fábio Luís Pereira De. **A fundamentação das decisões judiciais e o novo código de processo civil: Uma mudança profunda**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Novo CPC Doutrina Seleccionada: Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias**. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 401.

<sup>321</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado: Artigo por artigo**. 3ª Ed. Rev. e Atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 855.

<sup>322</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado: Artigo por artigo**. 3ª Ed. Rev. e Atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 855.

<sup>323</sup> SILVA, Beclate Oliveira. **Contornos da fundamentação no novo CPC**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Novo CPC Doutrina Seleccionada: Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias**. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 369.

Nesse diapasão, tem-se que transladada às asserções referidas para a teoria argumentativa proposta por Alexy, essa última já se perfaz progressista, no sentido de mesmo em muito anterior à data de elaboração da legislação processual vigente, já admitir o caráter normativo dos precedentes. Coaduna com o exposto a hipótese de que o modelo analítico desenvolvido pelo autor considera o precedente enquanto forma de argumento plausível para justificação externa da aplicação silogística.<sup>324</sup>

Seguindo esse entendimento o autor afirma que o caráter normativo e, portanto vinculante do precedente se configura enquanto desdobramento do princípio da universalidade estatuído no mandamento (1.3) das regras do discurso prático geral, o qual determina que “todo falante que aplique um predicado F a um objeto A, deve estar disposto para aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes”.<sup>325</sup>

Consolida-se assim que a dispensabilidade de tratamento igualitário diante de situações concretas semelhantes traduz a pretensão de correção ao discurso jurídico, uma vez que preserva a sua consistência.<sup>326</sup> Com base no exposto, Alexy erige a máxima de que “quando puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão deve-se fazê-lo”.<sup>327</sup>

Todavia, se faz oportuno salientar que o autor reconhece que tal regramento não deve ser compreendido de modo isolado, isso porque seu uso pressupõe argumentos extras de natureza prática<sup>328</sup>, qual seja relacionada à verificação das circunstâncias que permeiam o caso no qual se discute sua aplicabilidade.

Ciente dessa perspectiva o próprio Alexy assevera que não se encontrará hipóteses fáticas integralmente equiparadas, mas tal entendimento por si só não inviabiliza a utilização do precedente como forma de argumento, isso porque restará para fins de sua utilização a definição da preponderância entre as dessemelhanças existentes. Portanto, conclui-se que independentemente da circunstância tem-se como condição geral do uso de precedentes que sua argumentação seja justificável.<sup>329</sup>

---

<sup>324</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 229.

<sup>325</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 287.

<sup>326</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 270.

<sup>327</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 270.

<sup>328</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 271.

<sup>329</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 268.



À luz do exposto é possível traçar a consonância da norma jurídica contida no inciso V do §1º do art. 489, para com a teoria argumentativa de Alexy, uma vez que ambas consideram a utilização de precedentes como técnica decisória apta a promoção da consistência das decisões judiciais. Desta maneira a sua utilização se constitui numa pretensão de correção da decisão judicial, no sentido de que sua aplicabilidade na forma justificada / argumentada, qual seja em consonância com o caso concreto, se perfaz num modelo de decisão fundamentada.

Nesse sentido, destaca-se que conforme colocado por ambas às perspectivas, teórica e normativa, a utilização de precedente como argumento decisório tem como requisito sua motivação analítica, no sentido de coadunar o entendimento firmado naquele para com as circunstâncias do caso concreto. Disso é possível asseverar, ser plenamente aplicável o procedimento argumentativo alexyano enquanto técnica de formação da decisão judicial à luz da sistemática processual de precedentes judiciais.

### **3.2.6. Decisão Violadora de Precedente Suscitado**

Em referência ao dever de fundamentação da decisão judicial pela aplicação de precedente, lê-se o seguinte inciso:

Art. 489, §1º:

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.

Ainda sobre a tratativa da inserção e utilização de precedentes judiciais, súmulas e da jurisprudência consolidada, é possível verificar a problemática concernente a não aplicabilidade desses institutos diante de situações fáticas que reclamem sua incidência. Nesse sentido o dispositivo apontado traz em seu bojo como regramento inserto ao dever de fundamentação das decisões judiciais, a hipótese de não se enquadrarem como justificadas as decisões que, ao negarem aplicabilidade de jurisprudência, súmula ou precedente a determinada hipótese fática, não apontar a diferenciação entre essa e a consolidada naqueles ou motivo de superação do entendimento outrora firmado.<sup>330</sup>

Conforme esposado na discussão sobre a aplicabilidade do inciso anterior o entendimento consolidado nesses dois últimos incisos do §1º, art. 489 do CPC tomam como

---

<sup>330</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado: Artigo por artigo**. 3ª Ed. Rev. e Atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 856.

pressuposto o princípio da universalidade proposto pelo regramento (1.3) da teoria discursiva prática, defendida por Alexy.<sup>331</sup>

Tal perspectiva se constitui no fato de a sistemática processual, assim como preconizado pela teoria argumentativa, adotar enquanto perspectiva corretiva do processo judicial a preservação da jurisprudência de modo estável e, assim consistente<sup>332</sup>, tendo inclusive normatizado<sup>333</sup> tal pretensão no art. 927 do CPC.

Destarte, no sentido de potencializar o conteúdo normativo atribuído aos precedentes, no qual Alexy erigiu a máxima de “quando puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão deve-se fazê-lo”, eis que insurge como consectário dessa primazia a segunda máxima desenvolvida pelo autor, que estabelece que “quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação”.<sup>334</sup> Percebe-se, pois que em consonância com o previsto no inciso em apreço, o afastamento de precedente incidente para o caso fomenta uma densificação do dever argumentativo, por meio da superação do precedente ou diferenciação de sua *ratio decidendi* e àquele.<sup>335</sup>

No sentido de melhor ilustrar as duas hipóteses apresentadas, a doutrina denomina o argumento de superação do precedente como *overruling* e a justificação da diferenciação entre casos de *distinguish*.<sup>336</sup> Em que pese não serem tais técnicas objeto do presente estudo, se faz oportuno destacá-las diante de sua previsibilidade no inciso analisado como formas de argumento da decisão judicial que deixa de aplicar precedente, assim também como forma de referenciar a teoria de Alexy, uma vez que de caráter contemporâneo à mesma já fazia menção aos termos indicados.<sup>337</sup>

Diante do exposto se esclarece a luz da racionalização proposta pela perspectiva argumentativa, que a enunciação do *distinguish* como forma de argumento se justifica pelo fato

<sup>331</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 287.

<sup>332</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 270.

<sup>333</sup> BRASIL. Lei Nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

<sup>334</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 270.

<sup>335</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 271.

<sup>336</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie ; BRAGA, Paula Sarno ; OLIVEIRA, Rafael Alexandria De. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Vol. 2. 13ª Ed. Atual. R. e Ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 390-391.

<sup>337</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 271.

de a hipótese fática traçada no precedente não corresponder à situação fática do caso em apreço, de modo que nessa circunstância, em verdade o que se tem é a preservação do próprio precedente em detrimento de circunstância alheia. Corrobora com essa assertiva o fato de o precedente se apresentar como a norma jurídica a ser aplicada, de tal sorte que o *distinguish* se constitui em sua delimitação interpretativa.<sup>338</sup>

De modo diverso, o argumento do *overruling*, assim como as formas de argumentos apresentadas pela dogmática, se consolidam na função de controle das decisões proferidas e também das que estão por vir.<sup>339</sup> Ademais, se traduz ainda esse argumento no aporte da progressividade do ordenamento jurídico, de modo que em que pese se preconize a estabilidade do precedente, essa não pode ser supervalorizada.<sup>340</sup>

Conclui-se desta maneira pela compatibilidade de uma perspectiva proposta por Alexy e a o regramento inserto no dispositivo VI do §1º do art. 489 do CPC, isso porque conforme demonstrado em ambas às hipóteses se admite o afastamento da utilização de um precedente mediante o argumento do *distinguish* ou *overruling*.

Entretanto, tem-se que para além dessa perspectiva, a teoria argumentativa ainda prevê como dever intrínseco à utilização de tais formas de argumento, a sua respectiva justificação, no sentido de que se fundamentar ainda sua utilização mediante alusão a argumentos adicionais, como é o caso das razões práticas.<sup>341</sup>

Por fim, se faz relevante considerar que a utilização de precedentes como argumento hábil à fundamentação da decisão judicial, na forma como proposto por Alexy não faz a distinção entre precedente de caráter persuasivo ou vinculante, assim como o faz a doutrina.<sup>342</sup> Nesse sentido destaca-se a crítica formulada por Daniel Assumpção quanto ao dispositivo em questão por introduzir em seu texto menção à jurisprudência e súmula, uma que na ótica do

---

<sup>338</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 271.

<sup>339</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 265.

<sup>340</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 262-263.

<sup>341</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 271.

<sup>342</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie ; BRAGA, Paula Sarno ; OLIVEIRA, Rafael Alexandria De. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Vol. 2. 13ª Ed. Atual. R. e Ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 391.

autor carente essa de conteúdo vinculante não há onerosidade argumentativa ao magistrado que julgar de modo diverso.<sup>343</sup>

Em contraposição ao entendimento esposado, enuncia-se de acordo com a compatibilidade da teoria da argumentação para com o §1º do art. 489 do CPC que a análise da questão seja procedida sobre uma interpretação sistemática de todos os dispositivos apresentados. Logo, mesmo que diante da ausência do caráter persuasivo, em se tratando de precedente passível de se contrapor aos argumentos expostos na decisão judicial entende-se por devida sua fundamentação em consonância com o exposto inciso IV do §1º do art. 489.<sup>344</sup>

Finaliza-se, portanto com a observância do regramento (3.3) inserto nas regras do ônus argumentativo do discurso prático geral, que estabelece dever melhor fundamentar os argumentos contraditos.<sup>345</sup> Nesse sentido, destaca-se o avanço do dispositivo em questão, o qual guarda íntima relação com a maximização do dever de fundamentação das decisões judiciais.<sup>346</sup>

Diante do exposto não há que se negar a compatibilidade da teoria da argumentação defendida por Alexy para com os parâmetros de verificação da decisão judicial, elencados no §1º do art. 489 do CPC, isso porque a sistemática processual consolidada coaduna com a perspectiva analítica de decisão, sendo essa o objeto de verificação de sua justificação e, portanto racionalidade.

### 3.3 A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NA RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE NORMAS JURÍDICAS E SUA CONSONÂNCIA COM A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO PRECONIZADA POR ROBERT ALEXY

Dentre as inovações legislativas aduzidas pela nova sistemática processual vigente, destaca-se ainda no que diz respeito à fundamentação das decisões judiciais, os parâmetros de verificação de sua justificação decorrente do conflito entre normas. Nesse sentido, eis que se colaciona o disposto no §2º do art. 489 do CPC, a saber:

---

<sup>343</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado: Artigo por artigo**. 3ª Ed. Rev. e Atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 856.

<sup>344</sup> SOUZA, Fábio Luís Pereira De. **A fundamentação das decisões judiciais e o novo código de processo civil: Uma mudança profunda**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Novo CPC Doutrina Seleccionada: Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias**. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 402.

<sup>345</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 194-195.

<sup>346</sup> SOUZA, Fábio Luís Pereira De. **A fundamentação das decisões judiciais e o novo código de processo civil: Uma mudança profunda**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Novo CPC Doutrina Seleccionada: Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias**. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 402.

Art. 489.

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

O regramento exposto autoriza a utilização da técnica decisória da ponderação para resolução de conflitos normativos, desde que expostos os argumentos relativos à delimitação do objeto de ponderação e dos critérios utilizados em sua aplicabilidade, as razões que justifiquem a não satisfação do comando normativo e por fim a pertinência temática dessa para com o caso concreto.<sup>347</sup>

Assim considerado, é possível identificar de imediato a correlação existente entre o enunciado citado e a teoria defendida por Alexy, no que diz respeito ao reconhecimento da ponderação como procedimento de solução de antinomias normativas, assim como a exigibilidade de que sua aplicabilidade se desenvolva de modo fundamentado.<sup>348</sup>

Ocorre que, diferentemente do que fora proposto pelo autor o dispositivo elencado não traduz o mesmo rigor teórico quanto à diferenciação das espécies normativas em regras e princípios, pois apenas se utiliza da terminologia normas. Consequentemente, percebe-se de plano existir uma dessemelhança entre a teoria de Alexy e a norma processual sob enfoque no que concerne à tratativa do procedimento decisório de solução de conflitos normativos, na medida em que o autor dispõe de métodos díspares para antinomias entre regras e entre princípios.<sup>349</sup>

Por conseguinte, vislumbra-se uma incompatibilidade da aplicabilidade integral da metodologia proposta por Alexy ao dispositivo em apreço, isso porque para esse autor a classificação das normas em regras e princípios se constitui no fundamento de uma teoria racional do Direito, de tal modo que a técnica da ponderação se aplica apenas a resolução da colisão entre princípios.<sup>350</sup>

---

<sup>347</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado: Artigo por artigo**. 3ª Ed. Rev. e Atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 858.

<sup>348</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Princípios, regras e a fórmula da ponderação de Alexy: Um modelo funcional para a argumentação jurídica**. In: Teoria do direito e decisão racional: Temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 270.

<sup>349</sup> TARTUCE, Flávio ; STRECK, Lênio. **Debate entre Flávio Tartuce e Lênio Streck sobre técnica da ponderação no CPC**. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/debate-entre-flavio-tartuce-e-lenio-luiz-streck-sobre-tecnica-de-ponderacao-no-novo-cpc>>. Acesso em: 05 de mai. de 2018.

<sup>350</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 146.

Tal posicionamento se consubstancia na peculiaridade de as normas principiológicas se apresentarem como mandamentos de otimização, no qual formadas por um caráter *prima facie* permitem a relativização de sua incidência diante de um caso concreto por meio da ponderação. De modo diverso as normas regras dispõem expressamente de conteúdo definido o que torna inoperante a sua ponderação, assim caracterizadas como comando proibitivo ou permissivo a antinomia entre normas se resolve apenas mediante a inclusão de uma terceira regra de exceção ou a declaração da invalidade da regra conflitante.<sup>351</sup>

Diante do exposto, se faz necessário pontuar que a tratativa metodológica de interpretação e aplicação das normas jurídicas à luz da teoria do Alexy se consubstancia na diferença estrutural entre as espécies normativas, qual seja regras e princípios. Desse modo, verifica-se que a antinomia entre regras se resolve no plano da validade, enquanto que o conflito entre princípios se minucia numa relação de precedência, no qual o peso dos interesses colidentes exige sua respectiva ponderação.<sup>352</sup>

Nesse sentido é possível sustentar que uma tratativa ponderativa, se restringe apenas a interpretação e aplicação das normas principiológicas, uma vez que somente estas dispõem de uma estrutura normativa passível de sopesamento. Corroborar com o exposto o fato de que o conteúdo determinativo de um princípio se constitui num “dever ser ideal”, o qual depende para sua realização a consideração das possibilidades fáticas e das possibilidades jurídicas.<sup>353</sup>

É possível afirmar então que a técnica da ponderação se consolida como um consectário da caracterização dos princípios como comandos para serem otimizados diante do caso concreto, razão pela qual na visão de Alexy princípios e ponderações são duas faces indissociáveis do mesmo fenômeno, de sorte que o primeiro diz respeito ao aspecto normativo e o segundo ao aspecto metodológico.<sup>354</sup>

Isto posto, tem-se que a aplicabilidade do §2 do art. 489 do CPC quando contraposta com a teoria de Alexy, se restringirá apenas a aferição de sua consonância para com a resolução da colisão entre normas principiológicas, haja vista que na visão o autor ao técnica da ponderação está constricta a tratativa da antinomia entre princípios.

---

<sup>351</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 92.

<sup>352</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 94.

<sup>353</sup> ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 190-191.

<sup>354</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Princípios, regras e a fórmula da ponderação de Alexy: Um modelo funcional para a argumentação jurídica**. In: Teoria do direito e decisão racional: Temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263-264.

Sob este panorama, vinculados à teoria defendida pelo autor e sua conseqüente distinção entres espécies normativas, doutrinadores processualistas como Daniel Assumpção e Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>355</sup> defendem a aplicabilidade do disposto no §2º do art. 489 apenas as hipóteses que versarem sobre o conflito entre normas principiológicas, de tal sorte que a incidência do regramento contido no referido parágrafo deve ser comedida.<sup>356</sup>

No mesmo sentido, pontua-se o entendimento pormenorizado firmado por Nelson Nery Júnior e Rosa Nery, a saber:

A nosso ver, existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica – as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de que se refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais.<sup>357</sup>

Percebe-se, pois que Nelson Nery Júnior e Rosa Nery corroboram com o entendimento preconizado por Alexy para resolução do conflito normativo entre regras jurídicas, tal que na hipótese devem-se aplicar as regras admitidas pelo ordenamento jurídico para solução do caso. Nesse sentido destacam-se as duas situações: regra que dirime a antinomia pelo estabelecimento de uma hipótese de exceção ou regra que prevê um critério de invalidação de uma das normas colidentes.<sup>358</sup> Assim, reduz-se a ponderação apenas para a colisão entre princípios.

Em sentido contraposto, doutrinadores como Fredie Didier, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga defendem a aplicabilidade integral do dispositivo, desde que respeitados os critérios estabelecidos no mesmo, qual seja a indicação dos “motivos que fizeram afastar a aplicação de determinada norma e aplicar a outra”.<sup>359</sup> Para tais processualistas a pretensão de correção da decisão fundamentada na ponderação entre norma se delimita a sua

---

<sup>355</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Art. 489 do CPC**. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Et al.* Comentários ao código de processo civil. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 436.

<sup>356</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado: Artigo por artigo**. 3ª Ed. Rev. e Atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 858.

<sup>357</sup> NERY JÚNIOR, Nelson ; NERY, Maria Rosa de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1251.

<sup>358</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 93.

<sup>359</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie ; BRAGA, Paula Sarno ; OLIVEIRA, Rafael Alexandria De. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Vol. 2. 13ª Ed. Atual. R. e Ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 395.

demonstração, não apenas da norma construída assim como de sua pertinência para o caso concreto.<sup>360</sup>

Diante da discordância apresentada o que prepondera na visão de Teresa Arruda Alvim é a crítica à utilização do termo “ponderação entre normas” pelo legislador processual na elaboração do dispositivo elencado, o qual passível de variáveis conceitos não determinou o sentido efetivamente ali empreendido.<sup>361</sup> Assim exemplifica que, enquanto parte majoritária da doutrina faz alusão à expressão ponderação de princípios, decorrente da distinção entre princípios e regras como espécies normativas, o código processual faz menção a expressão ponderação de normas.<sup>362</sup>

Apresentada a divergência doutrinária sobre a matéria, não se tratando o objeto do presente estudo definir qual o posicionamento teórico é o mais acertado se restringirá esse apenas a verificação da compatibilidade entre o enunciado em apreço e a teoria preconizada por Alexy, o qual já se demonstrou ser apenas possível quanto à resolução do conflito entre normas principiológicas.

Nesse seguimento, aduz-se a concordância da utilização da ponderação como método racional de aplicabilidade de princípios jurídicos isso porque, a atribuição de peso a normas colidentes pressupõe o estabelecimento de um critério de prevalência de uma sobre a outra e seu respectivo sopesamento. Com base no disposto aponta-se, a fórmula<sup>363</sup> de precedência estabelecida por Alexy para resolução dos conflitos normativos dessa natureza, a saber:

- (1)  $P_1 \mathbf{P} P_2$
- (2)  $P_2 \mathbf{P} P_1$
- (3)  $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$
- (4)  $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$

Vislumbra-se com fundamento nas fórmulas apresentadas a enunciação das normas principiológicas colidentes ( $P_1$ ) e ( $P_2$ ), assim como as hipóteses de precedência de uma sobre a outra, quando consideradas apenas em abstrato e quando observadas as circunstâncias (C)

<sup>360</sup> SOUZA, Fábio Luís Pereira De. **A fundamentação das decisões judiciais e o novo código de processo civil: Uma mudança profunda.** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). Novo CPC Doutrina Seleccionada: Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 403.

<sup>361</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Art. 489 do CPC.** In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Et al.* Comentários ao código de processo civil. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 436.

<sup>362</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins ; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: Artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 796.

<sup>363</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 97.



inerentes ao caso. Visto isso, tem-se que uma vez contrapostas às normas em análise, delimita-se o objeto da ponderação, qual seja o conflito entre (P<sub>1</sub>) e (P<sub>2</sub>), assim como as premissas fáticas que fundamentam a preponderância aferida, compreendida nas circunstâncias (C).

Seguindo esse entendimento, considera-se por analiticamente demonstrado os valores e interesses passíveis da ponderação, o que coaduna com o dever de justificação do objeto da ponderação estabelecido no §2 do art. 489 do CPC. Do mesmo modo se estabelecem ainda as circunstâncias (C) inerentes ao caso a ser resolvido, preponderantes para a determinação do critério de prevalência de um princípio sobre o outro, sendo essas as razões fáticas que fundamentam a utilização da referido método.

A partir de então, em não bastasse o estabelecimento do método resolutivo, a norma processual em consonância com a metodologia proposta por Alexy estabeleceu ainda a justificação do resultado empreendido tomando como parâmetro para tal a exposição das razões autorizativas e das circunstâncias fática.<sup>364</sup>

Destarte, pontua-se como critério racional à legitimação da ponderação entre normas principiológicas a máxima preconizada por Alexy de que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro”.<sup>365</sup> Tal comando conclui na visão do autor a verossimilhança da máxima efetivação dos princípios envolvidos,<sup>366</sup> o que portanto se apresenta conciliável com o dever de fundamentação demandado na norma processual em destaque na medida em que permeia o sopesamento dos princípios colidentes.

No mesmo seguimento, em que pese não estarem dispostas expressamente no dispositivo processual, preenchem-se como pertinentes à justificação da decisão proveniente da aplicação da ponderação as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>367</sup>

A fim de elucidar o exposto destaca-se a plausibilidade das máximas da adequação e da necessidade de consubstanciarem argumentos racionais de demonstração das possibilidades

---

<sup>364</sup> DUARTE, Leonardo de Farias. **Ponderações sobre a ponderação – O §2º do art. 489 do novo código de processo civil.** In: CARVALHO FILHO, Antônio (Org.) ; SAMPAIO JÚNIOR, Herval (Org.). Os juízes e o novo CPC. Salvador, JusPODIVM, 2017, p. 295.

<sup>365</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 167.

<sup>366</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 167.

<sup>367</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 116-117.

fáticas do sopesamento deduzido.<sup>368</sup> Assim, já se define não só critérios autorizativos da solução apresentada, como também o preenchimento do requisito de comprovação da pertinência fática do resultado deduzido.

Por sua vez, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, erigida na racionalização do sopesamento em função da plausibilidade do seu resultado, diante das possibilidades jurídica inerentes ao caso garante a implicância mútua entre as normas colidentes. Logo, tem-se a incidência dessa máxima como fundamento do afastamento de um dos princípios em função da maior satisfação do outro<sup>369</sup>, o que coincide com a razão legitimadora da ponderação exigida na legislação processual.

Em não bastasse tais parâmetros de justificação se faz necessário acrescentar que, conforme estabelecido por Alexy, como resultado da técnica empreendida, uma vez efetivada a norma jurídica individual do caso concreto essa deverá se submeter ao procedimento da argumentação jurídica, qual seja dispor de sua justificação interna e externa.<sup>370</sup> Por conseguinte, tem-se que para além da utilização da técnica do sopesamento, o seu resultado também deve ser analiticamente fundamentado, de modo que não se pode pensar a ponderação dissociada da argumentação jurídica, do mesmo modo que não é possível uma leitura do §2 e §1 do art. 489 do CPC.

Com isso, vislumbra-se a concordância existente entre a perspectiva processual erigida no §2º do art. 489 do CPC para com a teoria elaborada por Alexy no que diz respeito à utilização da técnica da ponderação para resolução do conflito entre normas principiológicas. Destarte, julga-se por demonstrado que o sopesamento deve ser procedido à luz da fundamentação analítica de suas proposições, tomando para tanto a sua contraposição com o caso concreto, bem como sua consonância com o ordenamento jurídico, dessa forma tem-se por preenchido o dever de fundamentação das decisões judiciais a luz do art. 489, §1 e §2 da legislação processual vigente.

---

<sup>368</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 167.

<sup>369</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 149.

<sup>370</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 165-166.

## CONCLUSÃO

A normatização do dever de fundamentação das decisões judiciais preconizada pelo código de processo civil vigente em seu art. 489, §1º e §2º se constitui na materialização da garantia processual já reconhecida na Constituição Federal, que estabelece em seu art. 93, inciso IX, a obrigação do Poder Judiciário de motivar suas decisões.

Nesse sentido, vislumbra-se que em que pese não ter a aptidão normativa de determinar o conteúdo do dever de fundamentação, tal norma se impõe como elemento preponderante na condução do referido dever, isso porque designa condutas negativas e positivas ao seu atingimento.

Desta maneira, para além da previsibilidade da fundamentação como elemento essencial da decisão, a qual não observada enseja nulidade, o §1º do referido dispositivo elenca quais os fundamentos mínimos a serem observados pelo magistrado diante das circunstâncias inerentes ao exercício da atividade jurisdicional.

Do mesmo modo, o §2º do mesmo enunciado, fixa os parâmetros argumentativos a serem adotados para resolução do conflito entre normas jurídicas, de tal sorte que diante da utilização da técnica ponderativa deve-se restar demonstrado o objeto do sopesamento, os critérios utilizados, a pertinência fática e as razões.

Visto isso, por considerar que os elementos trazidos pela norma citada se configuram nos argumentos a serem deduzidos na resolução de casos práticos, o presente trabalho se propôs a verificar a compatibilidade desse regramento para com a metodologia jurídica argumentativa proposta por Robert Alexy.

Desse modo estabelecido o objeto de estudo, pode-se chegar as seguintes conclusões:

A teoria desenvolvida por Alexy se constitui no desenvolvimento de uma metodologia própria à racionalização da aplicação das normas jurídicas, a qual toma como pressuposto a observância das regras erigidas pelo discurso prático geral. Nesse seguimento tem-se como elemento objetivo de correção da decisão judicial aquela percorrida em cumprimento das regras fundamentais do discurso, regras da razão e regras sobre a carga de argumentação.

A partir de então, uma vez estabelecido um consenso, se designa como procedimento de fundamentação do resultado alcançado a sua justificação mediante um aspecto interno, veiculado na demonstração silogística da norma interpretada ao caso

concreto, e o aspecto externo, consubstanciado na justificação da compatibilidade das premissas estabelecida para com o ordenamento jurídico.

Acrescida a metodologia apresentada, o autor tratou também do procedimento de resolução do conflito entre normas, erigindo para tanto a diferenciação entre espécies normativas: regras e princípios. Assim, no que concerne a antinomia entre regras se estabeleceu como procedimento decisório a exclusão de uma regra em detrimento da outra ou a enunciação de uma terceira regra que estabelece uma exceção par ao conflito. Por sua vez em se tratando de normas principiológicas, cuja determinação normativa é relativizada, adotou-se como critério definidor da preponderância de um princípio sobre o outro a ponderação entre esses.

Nesse ponto de vista a fim de consolidar o caráter racional da decisão de prevalência consignada, pontuou-se a observância do critério da proporcionalidade erigido nos fundamentos da máxima da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Diante do exposto foi possível traçar a metodologia defendida por Alexy para fundamentação racional da decisão judicial, considerando para tanto a resolução de casos práticos e conflitos normativos. Logo, uma vez verificada a comunicação dos objetivos preconizados por essa para com a normativização do dever de fundamentação exposta no art. 489 §1º e §2º, firmou-se a contraposição de ambas as perspectiva.

No que diz respeito aos fundamentos mínimos da decisão elencados no §1º do art. 489, constata-se a compatibilização desses para com a metodologia apresentada por Alexy, isso porque ambos tomam como parâmetro de correção da decisão judicial a sua fundamentação. Destaca-se, assim a adoção de uma conjectura analítica de argumentos, os quais tomam como fundamento não só o texto normativo, como também as peculiaridades do caso concreto e até a jurisprudência consolidada.

Destarte, convergem ambas as perspectivas para a promoção da atividade jurisdicional voltada a exposição extensiva das razões que ensejaram o resultado empreendido, independentemente de sua correspondência para com os verdadeiros motivos. Por esse motivo, empreendeu-se uma pretensão de correção do ato decisório mediante a observância dos regramentos e procedimentos definidos na teoria de Alexy, dos quais se demonstrou a respectiva afinidade para com a sistemática processual vigente no §1º.

Noutro ponto, passado ao procedimento argumentativo estabelecido no §2º, que trata da resolução do conflito entre normas jurídicas, em que pese fazer referência à

técnica da ponderação defendida por Alexy, a aplicabilidade do referido não traduz a metodologia adotada por aquele em sua integralidade.

Como ponto de divergência entre as perspectivas estudadas, destaca-se a ausência da diferenciação entre espécies normativas, regras e princípios. Tal rigor normativo se constitui pressuposto para o estabelecimento da aplicabilidade da ponderação como método resolutivo.

Desse modo, se sobrepondo a propositura metodológica de técnicas díspares para a tratativa do conflito entre regras e o conflito entre princípios, preconizada por Alexy, a legislação processual lança mão da ponderação como instrumento hábil a resolução de ambas as hipóteses desde que fundamentada a proveniente decisão judicial.

Assim sendo, restringe-se a compatibilidade do §2º do art. 489 para a com a teoria desenvolvida pelo autor, de modo a existir concordância apenas em relação a sua incidência na resolução de conflitos práticos envolvendo a aplicação de normas-princípios. Isto posto, tem-se que o regramento contido no código processual amplia o campo de aplicabilidade da metodologia da ponderação, de modo as avessas da distinção entre espécies normativas.

Conclui-se, portanto que a compatibilidade existente entre o dever de fundamentação da decisão judicial elencado no art. 489, §1º e §2º do código processual civil e o procedimento argumentativo desenvolvido por Alexy se perfaz integral quanto ao §1º, todavia se circunscreve apenas a colisão entre normas principiológicas no §2º.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, George. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2ª Ed. Rev. e Ampl. São Paulo: Saraiva.

ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada: *In: Revista dos Tribunais*. Vol. 799/2002, p. 33-51, maio/2016. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/94290>>. Acesso em: 14 de abril de 2018.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria discursiva do direito**. 2ª Ed. Organização, Tradução e Estudo Introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivinosonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDRÉA, Fernando De. **Robert Alexy: Introdução crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: Teoria da argumentação jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 10 de setembro de 2017.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla Barba. **Nas fronteiras da argumentação: A discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador: JusPODVIM, 2017

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei nº 1.608 de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

\_\_\_\_\_. Lei N° 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BOHN, Claudia F. Rivera. **Uma análise da teoria da fundamentação jurídica de Robert Alexy**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina / UFSC, Florianópolis/SC. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/81896/179155.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 05 de mai. de 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19ª Ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONNA, Alexandre Pereira. Cooperação no processo civil: a paridade do juiz e o reforço das posições jurídicas das partes a partir de uma nova concepção de democracia e contraditório. *In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 85, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=107655>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Princípios, regras e a fórmula da ponderação de Alexy: Um modelo funcional para a argumentação jurídica. *In: Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas de Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart ; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação jurídica: Uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007.

CUNHA, Leonardo Carneiro Da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. *In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 147-159, jul./set. 2012.

CRISTO, Alessandro. **Penhora online desbanca princípio da menor onerosidade**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-out-23/penhora-online-desbanca-principio-menor-onerosidade-critica-juiz>>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie ; BRAGA, Paula Sarno ; OLIVEIRA, Rafael Alexandria De. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Vol. 2. 13ª Ed. Atual. R. e Ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018.

\_\_\_\_\_; PEIXOTO, Ravi. *In: ALVIM, Teresa ; CIANCI, Mirna ; DELFINO, Lucio. **Novo CPC aplicado: Visto por processualistas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.*

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. *In: **Revista UNIFACS**, Salvador, n. 175, 2015. Acesso em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>>. Acesso em: 15 de abril de 2018.*

DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do Direito em tempo de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DUARTE, Leonardo de Farias. **Ponderações sobre a Ponderação – O §2º do art. 489 do novo código de processo civil**. *In: CARVALHO FILHO, Antônio (Org.) ; SAMPAIO JÚNIOR, Herval (Org.). Os juízes e o novo CPC. Salvador, JusPODIVM, 2017.*

**Enunciados do fórum permanente de processualistas**. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **O dever de fundamentação das decisões judicial e o novo código de processo civil brasileiro**. *In: CARVALHO FILHO, Antônio (Org.). SAMPAIO JÚNIOR, Herval (Org.). Os juízes e o novo CPC. Salvador: JusPODIVM, 2017.*

HECK, Luís Afonso. **Regras, Princípios Jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy**. *In: LEITE, George Salomão. Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2008.*

KAUFMANN, Artur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Carlouste Gulbenkian, 1997.

LUCCA, Rodrigo de Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada: Direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHANRT, Sérgio Cruz. MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Et al.* **Na execução do CPC/15 o devedor pode indicar bens para evitar a penhora on-line requerida pelo exequente?**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI261878,91041->



Na+execucao+do+CPC15+o+devedor+pode+indicar+bens+para+evitar+a>. Acesso em: 13 de abril de 2018.

MITIDIEIRO, Daniel. **A colaboração como modelo e como princípio no processo civil.** Disponível

em:<[https://www.academia.edu/10250562/Cooperacao\\_como\\_Modelo\\_e\\_como\\_Principio\\_no\\_Processo\\_Civil?auto=download](https://www.academia.edu/10250562/Cooperacao_como_Modelo_e_como_Principio_no_Processo_Civil?auto=download)>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A invasão da constituição.** São Paulo: Método, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson ; NERY, Maria Rosa de Andrade. **Código de processo civil comentado.** 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado: Artigo por artigo.** 3ª Ed. Rev. e Atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípio e regras constitucionais.** 2ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Os limites linguísticos-legislativos da discricionariedade judicial.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194909/000861776.pdf>>. Acesso em: 02 de mai. de 2018.

**ORDENAÇÕES Filipinas**, Livro III, Título LXVI, n. 7. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/tabelas/ordenacoes/1-274-103-1451-04-03-66.pdf>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

PECZENIK, Aleksander. **Salto y lógica en el Derecho ¿Qué se puede esperar de los modelos lógicos de la argumentación jurídica?** In: PECZENIK, Aleksander. *Derecho y razón.* Tradução de Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 2000.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **A decisão judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil e a aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy: A ponderação como estratégia de argumentação jurídica.** Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

POLIZEL, Rosana Boscarol Bataini. **Execução pelo modo menos gravoso ao executado. É correto?** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/execucao-pelo-modo-menos-gravoso-ao-executado-e-correto/11734>>. Acesso em: 12 de abril de 2018.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: A crise na construção de respostas no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

\_\_\_\_\_. **Contornos da fundamentação no novo CPC**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Novo CPC Doutrina Seleccionada: Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias*. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria discursiva e seus reflexos no direito segundo o pensamento de Habermas**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137588/Ril175%20-%20Beclaute%20Silva.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 de mai. de 2018.

STRECK, Lênio Luis. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?**. 2ª Edição. Revista e Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Luís Vírgilio Afonso Da. Princípios e regras. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, jan.-jun., 2003.

SOUZA, Fábio Luís Pereira De. **A fundamentação das decisões judiciais e o novo código de processo civil: Uma mudança profunda**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Novo CPC Doutrina Seleccionada: Processo de Conhecimento e Disposições Finais e Transitórias*. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014

TARTUCE, Flávio ; STRECK, Lênio. **Debate entre Flávio Tartuce e Lênio Streck sobre técnica da ponderação no CPC**. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/debate-entre-flavio-tartuce-e-lenio-luiz-streck-sobre-tecnica-de-ponderacao-no-novo-cpc>>. Acesso em: 05 de mai. de 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Et. Al.* **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **A distinção entre discricionariedade legislativa e judicial: Uma proposta a partir das teorias de Kelsen e Alexy**. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *O pensamento de Robert Alexy como sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ZAWARIZE, Rogério Bellentani. **A Fundamentação das Decisões Judiciais**. Campinas: Millennium Editora, 2004.

VARGAS, Daniel Vianna. Da tutela antecipada antecedente no novo CPC: Breve observações. In: **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, p. 106-113, set. – out., 2015. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista70/revista70\\_106.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista70/revista70_106.pdf)>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Art. 489 do CPC**. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Et al.* Comentários ao código de processo civil. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. ; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins ; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: Artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

\_\_\_\_\_. **Nulidades de processo e da sentença**. 4<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Nulidades de processo e da sentença**. 7<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação democrática do poder judiciário no novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.