

RECEBIDO EM: 01/05/2019

APROVADO EM: 22/07/2019

# **A RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL NA TEORIA GERAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: DE HABERMAS A ALEXY**

***THE RATIONALITY OF THE JUDICIAL DECISION  
MAKING WITHIN THE GENERAL LEGAL THEORY OF  
BRAZILIAN CIVIL PROCEDURES: FROM HABERMAS TO  
ALEXY***

*Priscila Aparecida Borges Camões*

*Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-Grauação em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada - IEC. Professora assistente II, na graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Campus Arcos/MG e professora na Pós-Graduação "Lato Sensu" das disciplinas de Direito Processual do Trabalho I e II da PUC Minas Virtual. Advogada militante.*

*Rafael Alem Mello Ferreira*

*Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá, sob a orientação do professor doutor Lênio Luiz Streck. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas-FDSM. Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas: FDSM e Coordenador e professor do Curso de Direito da PUC-MG. Pós-Graduado em Ciências Penais pela universidade Federal de Juiz de Fora. .*

**SUMÁRIO:** 1 Racionalidade da decisão no Código de Processo Civil; 2 A teoria do “agir comunicativo” de Habermas no Código de Processo Civil Brasileiro; 3 A teoria da “argumentação jurídica” de Alexy e o Código de Processo Civil Brasileiro: apropriação ou desvirtuamento?

**RESUMO:** O intuito do presente trabalho é analisar a teoria geral da decisão jurídica nos moldes propostos pelo Código de Processo Civil, especialmente os desdobramentos conferidos ao princípio da fundamentação das decisões pelos §§ 1º e 2º do artigo 489 do referido diploma legal. A problemática enfrentada busca avaliar o eventual descompasso existente entre a ponderação e a racionalidade decisória proposta pelo legislador por meio das normas fundamentais do processo civil, notadamente pelo disposto nos artigos 9º e 10 da legislação adjetiva. Tais dispositivos encontram-se escudados na teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, que também lastreia o § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, por ocasião do redimensionamento do princípio da fundamentação das decisões. No entanto, o § 2º do dispositivo legal em comento estatui que nos casos em que houver colisão de normas o magistrado deverá reportar na fundamentação da decisão jurisdicional os critérios gerais utilizados para efetuar a ponderação. A investigação proposta, ainda que em sede embrionária, visa a apontar as implicações do uso indiscriminado da Teoria da Argumentação Jurídica, proposta por Robert Alexy e sua eventual dissonância com a Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas na legislação adjetiva civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Decisão Jurisdicional. Ação Comunicativa. Racionalidade. Ponderação De Normas.

**ABSTRACT:** The purpose of the present work is to analyze the general theory of legal decision along the lines proposed by the Code of Civil Procedure, especially regarding with the conferred developments to the principle of justification of decisions by paragraphs 1 and 2 of article 489 of the aforementioned legal diploma. The problem faced aims to evaluate the possible mismatch between the balancing and the decision-making rationality proposed by the legislator through the fundamental rules of civil procedure, notably by the provisions of articles 9 and 10 of the adjective legislation. Such devices are covered by Jürgen Habermas’s theory of communicative action, which also underlies article 489 (1) of the Code of Civil Procedure, when the principle of decision-making is re-dimensioned. However, paragraph 2 of the legal provision in question,

states that in cases where there is a collision of rules, the magistrate must report in the groundworks of the judicial decision the general criteria used to carry out the balancing. The proposed research, although in embryonic stage, aims to point out the implications of the indiscriminate use of the Theory of Legal Argumentation proposed by Robert Alexy and its possible dissonance with the Theory of Communicative Action of Jürgen Habermas in the civil adjective legislation.

**KEYWORDS:** Jurisdictional Decision. Communicative Action. Rationality. Balancing Standards.

## INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 instrumentalizou avanços rumo à democratização e constitucionalização de todo *iter* procedimental a fim de construir um espaço para a elaboração da decisão jurisdicional de modo dialogado. No conteúdo dos regramentos que encerram as normas fundamentais do processo tem-se por relevantes os princípios do contraditório e da vedação da decisão surpresa, os quais foram objeto de vinculação indissociável por parte do legislador.

Assim, partindo da premissa legal de entrelaçamento dos princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, tem-se como objetivo da pesquisa investigar se a cadeia normativa estatuída pelo Código de Processo Civil de 2015 está fincada em bases habermasianas e se o intuito do legislador foi o de estabelecer critérios para coibir o solipsismo<sup>1</sup> das decisões judiciais, notadamente quando da análise dos artigos 9º, 10 e 489, § 1º do arcabouço normativo.

Porém, como desdobramento da investigação preliminar proposta, buscar-se-á identificar eventual contradição entre os §§ 1º e 2º do artigo 489 do Código de Processo Civil, uma vez que, acredita-se que o legislador conferiu uma certa discricionariedade ao decisor, e mais, que a matriz de fundamentação do § 2º do dispositivo legal em comento encontra respaldo na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

Assim, o problema de pesquisa proposto é: A racionalidade da decisão jurisdicional no Código de Processo Civil brasileiro foi construída com base

---

1 Etimologicamente a expressão solipsismo deriva de *solus* (sozinho) e *ipse* (mesmo), o que no plano da filosofia pode ser compreendido como a submissão do mundo e do conhecimento à consciência do indivíduo. (STRECK, 2017).

na teoria do discurso de Jürgen Habermas e na teoria da argumentação de Robert Alexy?

O desenrolar da pesquisa propõe analisar a racionalidade da decisão no Código de Processo Civil brasileiro, por meio da demonstração da importância dos princípios constitucionais no processo de construção da decisão judicial; traçar balizamentos introdutórios da teoria do “agir comunicativo” de Jürgen Habermas e examinar sua influência na teoria do discurso; discorrer sobre a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy e verificar se há correspondência entre as teorias do discurso de Jürgen Habermas e a da argumentação jurídica de Robert Alexy na legislação adjetiva civil, ou seja, analisar se existe correlação entre as teorias citadas e o que foi legislado.

A partir da análise das teorias preconizadas pelos professores germânicos, pretende-se construir o marco teórico adequado à compreensão da racionalidade das decisões, para, ao final, investigar se o legislador pátrio se apropriou ou distanciou dos mesmos por ocasião da reforma do Código de Processo Civil.

Para tanto será realizada revisão bibliográfica e a partir das conclusões preliminares que se forem extraído do processo de estudos, pretende-se testificar e problematizar os pressupostos teóricos que embasam a pesquisa, para que, por fim, as conclusões extraídas auxiliem a compreensão da problemática apresentada.

## 1 A RACIONALIDADE DA DECISÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O movimento de constitucionalização do processo civil teve seu apogeu com a edição do Código de Processo Civil de 2015, que inaugura sua capitulação estatuinto as “normas fundamentais do processo civil”. É certo que alguns dispositivos legais constituem verdadeiras e desnecessárias apropriações do texto constitucional<sup>2</sup>, como se vislumbra na norma que encerra o princípio do “acesso à justiça”<sup>3</sup>.

---

2 Art. 5º, XXXV da CRFB - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988).

Art. 3º do CPC - Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (BRASIL, 2015).

3 O “acesso à justiça” representa a primeira onda renovatória do processo cuja expressão foi cunhada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, para os quais “é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema

Cumpra salientar que a evolução e a conotação do referido princípio no Brasil, principalmente pelo status de direito fundamental, demanda o uso da expressão “acesso à jurisdição” uma vez que ao termo “justiça” podem ser emprestados muitos significados de acordo com a matriz teórica em que se fundamenta.

A ressemantização proposta decorre do fato de que no modelo constitucional de processo democrático não é suficiente eliminar o conflito por meio do acesso à ordem jurídica justa, mas sim incorporar o direito de ação ao da amplitude de defesa, a fim de gerar o direito de provocar a tutela legal. (LEAL, 2014, p. 106).

Devido a isso, a garantia constitucional de “acesso à jurisdição” demandava sua análise sob o viés qualitativo das decisões jurisdicionais, uma vez que não bastava “escancarar as portas do Judiciário” sem nenhuma preocupação com o conteúdo dos provimentos finais.

Nesse sentido, por não ter sido suficiente a garantia constitucional de fundamentação das decisões estatuída no artigo 93, inciso IX da CRFB/88<sup>4</sup>, a qual restou solapada pelo decisionismo<sup>5</sup>, é que o legislador no afã de preveni-lo engendrou um entrelaçamento entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, mormente para coibir as decisões surpresa.

Muito antes da reforma empreendida no Código de Processo Civil de 2015 a “Escola Mineira de Processo” já apregoava a necessária vinculação

---

deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

- 4 Art. 93, IX da CRFB - 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. (BRASIL, 1988).
- 5 Ao longo do presente ensaio a expressão decisionismo será utilizada como a relação tensional entre direito e poder, que na perspectiva de Carl Schmitt considera aquele que possui condições de impor sua decisão, neste caso, o juiz. Nesse viés, esclarecedora a leitura schmittiana realizada por Ronaldo Porto Macedo Júnior ao mencionar que “ao analisar o decisionismo jurídico, Schmitt observa que juridicamente, podemos encontrar o último fundamento jurídico de todas e quaisquer validades e valores de direito em um processo volitivo, uma decisão que enquanto tal cria o ‘direito’ e cuja ‘força jurídica’ (Rechtskraft) não pode ser derivada da força jurídica de regras de decisão, pois mesmo uma decisão que não corresponde à regra cria direito. Essa força jurídica de decisões contrárias à norma pertence a todo e qualquer ordenamento jurídico. O pensamento decisionista, tal como aparece na história do direito, está vinculado a uma ideia de ordem que é pressuposta à decisão soberana.” (MACEDO JR., 2011, p. 35).

do contraditório ao princípio da fundamentação das decisões, ao ponto de considerar tais princípios como “irmãos siameses”<sup>6</sup>.

Ainda, é importante consignar que a aceção meramente formal ou estática do contraditório não é suficiente para garantir seu poder de influência no provimento final do magistrado. Devido a isso, seu espectro substancial deve ser alcançado por meio da superação da “mera participação”, pois esta precisa se dar em simétrica paridade:

[...] A idéia de participação, como elemento integrante do contraditório, já era antiga. Mas o conceito de contraditório desenvolveu-se em dimensão mais ampla. Já não é a mera participação, ou mesmo a participação efetiva das partes no processo. O contraditório é a garantia da participação das partes, em simétrica igualdade, no processo, é a igual oportunidade de tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei [...]. (GONÇALVES, 2012, p. 108-109).

Assim, a base democrático-jurídico-principiológica do processo pressupõe a realização do contraditório, uma vez que sua ausência o tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes (LEAL, 2014, p. 167).

Diante disso, o legislador, atentando para a evolução conceitual de tal principiologia, elaborou uma verdadeira blindagem ao decisionismo, especialmente pela tessitura dada ao texto legal, especificamente nos artigos 9º (princípio do contraditório)<sup>7</sup>, 10 (princípio da vedação da decisão surpresa)<sup>8</sup> e 489, § 1º (princípio da motivação das decisões)<sup>9</sup>.

6 A Escola Mineira de Processo é caracterizada por estudos desenvolvidos pelos professores do Programa de Pós-Graduação da PUC Minas, por ocasião da linha de pesquisa “O processo na construção do Estado Democrático de Direito”, que partem da visão estruturalista de processo (o processo como procedimento realizado em contraditório pelas partes) desenvolvida pelo italiano Elio Fazzalari. Nesse sentido, esclarecedora a lição de Ronaldo Bretas de Carvalho Dias, um de seus expoentes, ao demonstrar que “unem-se inseparavelmente o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação, como se fossem irmãos siameses, ambos atuando na dinâmica argumentativa (fática e jurídica) do procedimento, de forma que propicie a geração democrática de uma decisão jurisdicional participada, em concepção renovada do processo, trabalhada a partir da confluência da teoria discursiva do direito e da democracia (Habermas) com a teoria do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari)”. (DIAS, 2004, p. 149).

7 Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. (BRASIL, 2015).

8 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. (BRASIL, 2015).

9 §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

Porém, antes de analisar se existe discrepância entre os parágrafos 1º e 2º do artigo 489<sup>10</sup> do Código de Processo Civil, optou-se por estatuir a morfologia filosófica que orientou o legislador-doutrinador a tecer minúcias (em forma de um comando negativo do que se considera “não-fundamento”), buscando, pois um fechamento quase hermético para a decisão, a qual não mais pode contemplar argumentos que não foram fruto de um processo dialógico, ou seja, que não foi produzida de forma “policêntrica” e em “comparticipação”<sup>11</sup>.

## 2 A TEORIA DO “AGIR COMUNICATIVO” DE HABERMAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Um dos pilares do presente artigo é verificar se há correspondência da teoria habermasiana do “agir comunicativo” (e seu deslocamento para a ciência do Direito por meio da teoria do discurso) na procedimentalidade brasileira. Assim, a proposição de Habermas como um dos referenciais teóricos decorre da similitude existente entre sua “teoria discursiva do direito” e a dialeticidade preconizada na legislação adjetiva civil, bem como sua influência na construção dos provimentos finais da jurisdição.

O “agir comunicativo” em Habermas foi projetado para as ciências sociais e seu atrelamento à consciência moral foi apresentada à comunidade

---

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. (BRASIL, 2015).

10 § 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. (BRASIL, 2015).

11 A legislação reformadora inaugura um novo olhar para o ato de decidir que não mais pertence exclusivamente ao juiz. A influência da vertente “comparticipativa” do autor Dierle Coelho Nunes (membro da comissão de juristas que assessorou a elaboração do projeto do novo CPC na Câmara dos Deputados) no plano da normatividade brasileira fica clara por suas elucubrações teóricas, veja: “[...] deve-se vislumbrar que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, não mais embasado no protagonismo de qualquer sujeito processual (juiz, partes, advogados), mas, na sua atuação responsável, competente e interdependente, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo seu respectivo papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas [...]” (NUNES, 2008, p. 27).

acadêmica (1981) pela adoção do princípio da universalização e ética do discurso:

[...] A versão ético discursiva do princípio moral também exclui um estreitamento do juízo moral no sentido da ética da convicção. A consideração das conseqüências e dos efeitos colaterais que resultam previsivelmente da aplicação universal de uma norma controversa não precisa de nenhum ponto de vista adicional tomado à ética da responsabilidade. É verdade que a razão prática na interpretação da ética do discurso também exige uma inteligência prática na aplicação das regras. Mas o recurso a essa faculdade não confina a razão prática no horizonte de uma época determinada ou de uma cultura particular. Mesmo na dimensão da aplicação são possíveis processos de aprendizagem guiados pelo conteúdo universalista de norma a ser aplicada [...]. (HABERMAS, 1989, p. 286)

Tal conjectura corrobora para que o “agir comunicativo” seja interpretado como a disponibilidade que existe entre falantes e ouvintes em prol de um consenso, em um ideário onde a intersubjetividade caminhe para o entendimento prévio. Porém, quando tal integração social não é suficiente para a obtenção do consenso, surge a possibilidade do dissenso, que demandará a legitimação racional das pretensões. (MOREIRA, 2002, p. 111)

Considerando o Direito como uma ciência social aplicada, Habermas introjetou a teoria do “agir comunicativo” na fundamentação dos direitos básicos pelo caminho da teoria do discurso, que por sua vez, visa reconstruir o Direito na vertente do princípio da democracia.

Para Habermas, à luz do princípio do discurso, é possível fundamentar direitos elementares da justiça, notadamente no que tange à igualdade, abarcando o direito a iguais liberdades subjetivas de ação. Assim, o uso da linguagem precisa ser orientado pela juridificação simétrica da liberdade comunicativa de todos os membros do direito, a fim de se obter a formação discursiva da opinião e da vontade. (HABERMAS, 2003, p. 165)

Mas, a fundamentação do direito não demanda apenas relações interativas promovidas pelo princípio do discurso, o qual só pode assumir a figura de um princípio da democracia se estiver conectado com o *medium* do direito, fazendo com que haja um sistema de direitos que posiciona a autonomia pública numa relação de pressuposição recíproca.



Diante de tal conjectura, o processo pode ser entendido como um “jogo de argumentação” onde a jurisdição acaba por controlar a tensão existente entre a legitimidade e a positividade do direito, a fim de resolver o problema da correção do direito. Vale consignar que, quando Habermas (2003, p. 252) menciona a pretensão de almejar uma “decisão correta”, ele utiliza como referencial a teoria arquitetada por Dworkin<sup>12</sup>.

Relevante pontuar que à constatação de Habermas quanto à ausência de regulação de uma “argumentação jurídico-normativa” remonta a realidade normativa alemã, diferentemente da normatividade brasileira que contempla regras expressas de como o processo pode ser um *locus* de argumentação e formação dialogada da decisão judicial.

Assim, para melhor compreender a aproximação do filósofo alemão e do legislador pátrio, de modo a mensurar em que medida a apropriação das teorias do *agir comunicativo* e do *discurso* culminou com uma *nova* racionalidade decisória, elucidativa a lição de Rafael Lazzarotto Simioni:

[...] Isso significa que o direito deve institucionalizar processos de formação discursiva da vontade individual e coletiva, capazes de garantir negociações e decisões orientadas ao consenso baseado no melhor argumento. Um procedimento desse tipo deve ser capaz de garantir, a todos os implicados, a liberdade e a capacidade de defender seus interesses somente pelo único poder admitido pela ação comunicativa, qual seja, o poder do melhor argumento. Só assim o direito poderá permitir a introdução, nas discussões sociais, de pretensões de validade universais que incluem a eticidade das condutas (SIMIONI, 2007, p. 85).

A estrutura normativa esposada pelo Código de Processo Civil Brasileiro gera uma confluência em busca do “melhor argumento” que

---

12 Diferentemente de Habermas, tido como procedimentalista, para Dworkin a correção da decisão não está no “modus operandi” do ato de decidir mas no próprio decisor (Juiz Hércules), o que tem lhe rendido a adjetivação de “substancialista”. Todavia, na visão do autor, sua pretensão não foi a de “mecanizar” o ato decisório, conforme ilustra a presente passagem: “não concebi um algoritmo para o tribunal. Nenhuma mágica eletrônica poderia elaborar, a partir de meus argumentos, um programa de computador que fornecesse um veredito aceito por todos, uma vez que os fatos do caso e o texto de todas as leis e decisões judiciais passadas fossem colocados à disposição do computador. Mas não cheguei à conclusão que muitos leitores considerariam de senso comum. Não afirmei que nunca há um caminho certo, apenas caminhos diferentes, para decidir-se um caso difícil. Ao contrário, afirmei que essa conclusão aparentemente sofisticada é um sério equívoco filosófico, se a entendermos como um exemplo de ceticismo externo, ou uma posição política polêmica, apoiada em convicções políticas dúbias, se a tratarmos da maneira que estou inclinado a fazer, como uma perigosa incursão pelo ceticismo interno global”. (DWORKIN, 1999, p. 490-491).

será substrato para a fundamentação das decisões. É o que se denota, por exemplo, pelo princípio da cooperação, estatuído no artigo 6º do Código de Processo Civil, o qual dispõe que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. (BRASIL, 2015).

Importante mencionar que ante a cultura da litigiosidade das partes e altivez dos juízes, tem sido muito complexa a materialização efetiva de tal princípio. Registre-se, nesse sentido, a crítica elaborada por Rafael Giorgio Dalla Barba, Lúcio Delfino, Lênio Luiz Streck e Ziel Ferreira Lopes no tocante à interface deste princípio com a Constituição:

[...] nem é preciso dizer que o legislador pecou ao tentar desnudar a cooperação aventurando-se em setor cuja atuação merece ficar a cargo exclusivo da doutrina. E o fez mal porque referido texto legislativo está desacoplado da realidade, espelha visão idealista e irrefletida daquilo que se dá na arena processual, onde as partes ali se encontram sobretudo para lograr êxito em suas pretensões. Isso é, digamos assim, natural, pois não? Disputar coisas é uma coisa normal. Não fosse assim não haveria “direito”. Direito é interdição. É opção entre civilização e barbárie. (DALLA BARBA; DELFINO; STRECK; LOPES, 2014).

Diante de tal reformulação normativa, verifica-se que a figura do juiz *cooperador* demonstra seu *rebaixamento* ao nível das partes, enfatizando o legislador ser o juiz um *sujeito do processo* e não seu *ator principal*. Atrelado a isso, tem-se a intensa e já mencionada interligação entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, frise-se, que não mais se coaduna com o “agir solitário” do julgador, haja vista que o “melhor argumento” deverá se subsidiar no diálogo construtivista das partes e não no “senso de justiça” particular do magistrado.

Nesse sentido, elementar se torna a apropriação da leitura de Habermas, realizada por Simioni, que conseguiu parafrasear a complexidade da fala do autor alemão de modo a conferir leveza para uma melhor compreensão da proposta de “refutar” o decisionismo:

[...] Assim, através da teoria do discurso jurídico, Habermas pretende também tirar o “juiz Hercules” da solidão solipsista e colocá-lo no discurso, vale dizer, retirar a jurisdição do ideal da personalidade de um juiz (ideal de virtude e de acesso privilegiado à verdade) para colocá-la no ideal político de uma sociedade com autonomia para a interpretação da Constituição. Para Habermas, o “juiz singular tem que conceder

sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos. Isso significa que não tem mais cabimento o solipsismo jurídico. Um juiz sozinho, não pode dizer qual é o direito adequado à situação concreta. A venda nos olhos da Justiça se tornou insuficiente como modelo da práxis de fundamentação exigida pela teoria discursiva do direito. [...] (SIMIONI, 2014, p. 549).

A superação da “razão prática” em Habermas perpassa pela superação da consciência solipsista, devendo as decisões estarem ancoradas na razão comunicativa, que por sua vez encontram respaldo em uma pragmática não empírica, “assim, a verdade deixa de ser conteudística para ser uma verdade como idealização necessária. É uma verdade argumentativa, atingida por consenso”. (STRECK, 2017, p. 134).

A influência de Habermas na legislação processual civil está a promover o ganho qualitativo das decisões judiciais por meio do afastamento do protagonismo do juiz. No entanto, a busca pelo “melhor argumento” ainda concentra no magistrado a “escolha”, que mesmo diante da exaustiva fundamentação exigida no § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil (que por um critério residual esclarece o que não é fundamentar), ainda atribui a “seleção da norma adequada” ao julgador, conforme expõe Rafael Simioni:

[...] Essa seleção das normas adequadas se faz então através dos processos judiciais, onde o discurso de aplicação encontra nas regras da instrução probatória a definição da situação para argumentações circunscritas e, simultaneamente, o espaço não circunscrito das argumentações jurídicas de adequação na fundamentação das decisões. E uma vez formado o juízo de adequação no caso concreto, a decisão jurídica deve encontrar também a sua coerência com a ordem jurídica como um todo. O simples fato de a decisão estar submetida a uma revisão pelas instâncias superiores exige a fundamentações cuidadosas e uma orientação a precedentes jurisprudenciais. Nessas condições, a seleção da norma adequada à situação bem definida, orientada à manutenção da coerência com outros precedentes jurisprudenciais, é o que torna possível a “única decisão correta”. A qual, no entanto, será sempre uma “única decisão correta hoje”, pois se trata sempre de uma correção provisória, falível, dependente de uma correta e suficiente definição da situação, além da utilização discursiva de bons argumentos para a seleção das normas aplicáveis à situação, com a exclusão de outras concorrentes, no pano de fundo de uma coerência com outros precedentes jurisprudenciais. (SIMIONI, 2014, p. 556).

Assim, para reforçar a interlocução de algumas aporias apontadas ao pensamento do autor germânico, explicitamente no que se refere ao espaço dialógico de construção das decisões jurisdicionais – processo, oportuno mencionar as reflexões de André Del Negri:

[...]. Apesar do filósofo alemão ter conseguido estabelecer profunda análise sobre a legitimação normativa adequada ao mundo contemporâneo e ao paradigma democrático, esse raciocínio leva à conclusão de que a sua abordagem procedimental como via de legitimação da validade do ordenamento jurídico não é teoricamente exauriente, já que deixa de abordar especificamente o Processo como instituição jurídica regente da construção dos Direitos Fundamentais, limitando-se a afirmar que a institucionalização do princípio da democracia se faz pelo Direito [...]. (NEGRI, 2008, p. 75).

Uma das direções apontadas para que o vislumbre da teoria habermasiana abarque também a *procedimentalidade jurídica* é noticiada por Rosemiro Pereira Leal, cuja contribuição encontra-se lastreada na obra *Teoria processual da decisão jurídica*, que embora tenha sido publicada antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, já sinalizava muitos dos *avanços* que estariam por vir no plano da legitimação decisória:

[...] carece da compreensão da principiologia jurídica da teoria do processo institucionalizador da possibilidade jurídica da racionalidade democrática, porque ao imaginar uma procedimentalidade como médium lingüístico-jurídico da passagem do princípio do discurso ao princípio da democracia não se esclareceu a índole dessa procedimentalidade neutra e canalizada de argumentos que se conduziriam por uma razão estratégica centrada em estoques de historicidade jusracionalista pelos direitos humanos com abandono do médium discursivo autoilustrativo de sua própria construção jurídica [...]. (LEAL, 2014, p. 178).

Deste modo, partindo da premissa que a teoria habermasiana do discurso foi incorporada pelo Código de Processo Civil de 2015, cujos desdobramentos são perceptíveis pela tônica que o legislador conferiu às normas fundamentais do processo, e ainda, mais especificamente ao detalhar o dever de fundamentação das decisões (artigo 489, § 1º), as quais tiveram por escopo prevenir o decisionismo judicial, passar-se-á a analisar a influência da teoria da “argumentação jurídica” de Robert Alexy na elaboração do § 2º do artigo 489 do CPC.

### 3 A TEORIA DA “ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA” DE ALEXY E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: APROPRIAÇÃO OU DESVIRTUAMENTO?

Para desempenhar a tarefa proposta e identificar no bojo do Código de Processo Civil vigente eventuais aproximações e distanciamentos das teorias do discurso de Habermas e da argumentação de Alexy, adotou-se como diretriz primária o esclarecimento da vertente procedimentalista, uma vez que a matriz teórica da presente pesquisa encontra respaldo justamente nos dois autores que a representam.

Ainda, é importante consignar que a conjugação das teorias de Habermas e Alexy se faz pertinente em virtude do diálogo entre os autores, notadamente pelo fato da teoria da argumentação jurídica (Alexy) encontrar respaldo na teoria da ação comunicativa (Habermas). Assim, para demonstrar a referida interface entre Robert Alexy e Jürgen Habermas, ilustrativa é a fala de Alexandre Travessoni Gomes:

[...] A teoria de Habermas, antes mesmo de sua virada jurídica, influenciou vários teóricos do Direito que, partindo do modelo da teoria da ação comunicativa, procuravam elaborar teorias da argumentação que resolvessem os problemas postos pela antinomia acima citada. É o caso de Robert Alexy, que procura desenvolver, com base em Habermas, uma teoria da argumentação jurídica que resolva o problema da correção das decisões [...]. (GOMES, 2008, p. 297).

Outro esclarecimento importante é que a apresentação de Alexy e Habermas como procedimentalistas não foi objeto de uma escolha aleatória, mas sim fruto da constatação de que em ambas proposições dos professores germânicos se encontra a predominância da adoção de um procedimento que persiga a tão almejada *correção do direito*, pois a *teoria do discurso* é uma teoria procedimental. Segundo ela, uma norma só é correta se pode ser o resultado de um procedimento definido por meio das regras do discurso. (ALEXY, 2011, p. 295).

Aliás, o fato de Alexy considerar a teoria do discurso como a melhor teoria para a fundamentação de normas (importante premissa para a resolução do problema de pesquisa aqui proposto, haja vista que a presente investigação abarca a influência de tal teoria na fundamentação das decisões judiciais) não o eximiu de examinar a mesma também nesse viés:

[...] Se o juiz deixa as partes agirem (mas não entra no jogo) decidindo ao final como se tivesse o Direito válido como correto, então ele trata

as partes como pessoas que não compreenderam o que é um debate judicial e que, por isso, não podem realmente participar nele. Isso mostra que a argumentação diante do juiz não só pode, mas que deve ser interpretada no sentido da teoria do discurso [...]. (ALEXY, 2011, p. 323).

O referido autor ainda propõe uma *representatividade argumentativa*, que embora seja um tanto quanto utópica para a realidade brasileira, por demandar condições ideais (argumentos válidos ou corretos e existência de pessoas racionais que são capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos), não inviabiliza sua importância no contexto da jurisdição constitucional, pois, nos procedimentos decisórios e no conteúdo da decisão, deve-se apreciar e considerar, também, os argumentos, pois só assim haverá um discurso produzido dialogicamente e, por isso, compromissados com a racionalidade.

A argumentação como *moldura* não admite qualquer conteúdo como argumento, e é este rigor que evita que o discurso se torne idealizado. Para que a argumentação seja levada em consideração no sistema de representação, Alexy defende que ela deve ser submetida a um rigor de conteúdo, sob pena de ficar à margem do cenário político-constitucional. (ALEXY, 2008, p. 165).

E, para averiguar se a racionalidade decisória encontra respaldo nas proposições de Alexy, tem-se como ponto de partida a projeção normativa encerrada no artigo 8º do Código de Processo Civil de 2015<sup>13</sup>. Ao que parece, o legislador se apropriou da teoria *alexynana* da argumentação jurídica ao permear suas regras com expressões como *colisão* e *proporcionalidade*.

O princípio da proporcionalidade faz parte da mais proeminente teoria do autor alemão que culmina com a chamada *Lei da Ponderação*, por conceber os princípios como mandados de otimização:

[...] No direito constitucional alemão, a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade compõe-se de três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito. Todos os três princípios expressam a ideia de otimização. Como mandamentos de

13 “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. (BRASIL, 2015).

otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas [...]. (ALEXY, 2008, p. 110).

Nesse limiar, duas incógnitas demandam esclarecimento. A intenção do legislador pátrio foi realmente incorporar a *Teoria da Argumentação Jurídica* de Robert Alexy ao Código de Processo Civil? As teorias discursivas, dos procedimentalistas Habermas e Alexy *conversam* entre si, ou se distanciam no tocante ao objetivo de evitar o *solipsismo judicial*<sup>14</sup>?

Em Alexy, as normas figuram como gênero que bifurcam em *regras* e *princípios*, ambos com caráter normativo,

[...] 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” [...]. (ALEXY, 2008, p. 87).

Nesse particular, verifica-se a primeira atecnia do legislador, que por admitir a *colisão de normas*, sem perquirir a diferença entre norma-regra e norma-princípio, acaba por contrariar o próprio *modelo* proposto pelo professor alemão, que sugere falar-se em *colisão de princípios* e *contradição de regras*, haja vista que o princípio prevalente no caso concreto não será afastado do ordenamento jurídico, ao passo que, quando duas regras se confrontam, uma acaba por excluir a outra. Para aclarar tal diferenciação Robert Alexy realiza importantes observações sobre o tema:

[...] Pelo menos a partir do momento em que é certo que uma das regras justifica uma exceção à outra, não se pode mais falar em um conflito entre as regras. O conflito é eliminado de vez, do mesmo modo quando se elimina do ordenamento jurídico uma entre duas regras contraditórias. Com os princípios ocorre de forma diferente. Em outro caso pode ser válida uma outra relação de prioridade. Contra a validade do teorema da colisão no âmbito dos princípios, ou seja, contra se dever aplicar, em caso de colisão de princípios, o princípio que tem o maior peso no caso concreto, sem que isso signifique que o princípio que cedeu seja inválido, pode-se, em primeiro lugar, facilmente argumentar com base em exemplos [...]. (ALEXY, 2015).

14 O solipsismo na vertente jurídica pressupõe que “em face do lugar da fala e da sua autoridade, o juiz pensa que pode – e, ao fim e ao cabo, assim o faz – assujeitar os sentidos dos textos e dos fatos. Por vezes, nem a Constituição constringe o aplicador (juiz ou tribunal). (STRECK, 2017, p. 277).

No Brasil, estar-se-á diante de um *risco de estado de natureza hermenêutico* justamente em virtude da indeterminação dos sentidos sobre o que se deve entender por *colisão de normas*. Assim, o legislador, além de desconsiderar a diferença entre regra e princípio, ainda admite que estas sejam *ponderadas por uma vulgata da leitura brasileira de R. Alexy*. (STRECK, 2017, p.47).

Arelado a isso, verifica-se que a máxima da proporcionalidade é usada no Brasil de forma retórica, como se o critério de eleição e escolha (no caso de colisão de princípios) ficasse a cargo do subjetivismo e não devesse seguir qualquer padrão *procedimental*. Concluir assim significa anular todo o esforço de Robert Alexy, que traçou critérios até matemáticos para se chegar a uma fórmula adequada” de decidir.

Tanto que, além de traçar uma *Teoria dos Direitos Fundamentais*, terreno fértil para a colisão de princípios, Alexy não se quedou inerte e construiu sua *Teoria da Argumentação Jurídica*, que em *ultima ratio* visa justamente orientar os critérios para fundamentar a decisão judicial, composta por uma série de regras que definem o procedimento o qual uma argumentação deve seguir para ser considerada racional.

No entanto, o § 2º do artigo 489 do *Código de Processo Civil*, em momento algum perpassa pela teoria da argumentação do autor alemão, muito antes pelo contrário, chega a desvirtuar toda sua construção de racionalidade decisória, que deveria obedecer ao *modus operandi* do sopesamento para o enfrentamento de colisões, frise-se, que em Alexy *só é possível no confronto entre princípios*. Nesse contexto, Lenio Streck chega a propugnar pela inconstitucionalidade e o veto do referido dispositivo legal:

[...] A ponderação é inconstitucional porque o legislador, ao estabelecer, de forma atécnica, a ponderação de “normas”, “esqueceu” que o direito é um sistema de regras e princípios e que, portanto, ambas são normas. Logo, ponderar regras é ponderar normas. Entretanto, é vedado ponderar regras, como se pode ver no próprio criador da ponderação contemporânea, Robert Alexy, no âmbito de sua Teoria da Argumentação Jurídica. Ao ponderar regras, o juiz deixará de aplicar uma delas. Explicando melhor, há dois modos de tratar a complexa problemática da ponderação. O primeiro modo, que advém da vulgata que se fez da teoria alexyana no Brasil, limita-se a referir que a ponderação seria uma escolha do argumento que terá maior relevância para ser aplicado ao caso, e, assim, no caso do art. 489, § 2º, do CPC, simplesmente se escolheria qual das regras seria afastada em



face dessa “ponderação” (sic). Esse, evidentemente, não é o caminho mais adequado para interpretar esse dispositivo. O outro caminho, muito mais sofisticado, é aquele decorrente da aplicação rigorosa da teoria discursiva de Robert Alexy, observando todas as suas exigências. Veja-se: Alexy nem de longe admite ponderação de regras [...]. (STRECK, 2016, p. 711).

Considerando ter sido o Brasil o único país a positivar esse método de decisão, impedindo, pois, a utilização de outra matriz de racionalidade decisória, reproduzindo ainda de maneira equivocada e distante a teoria de Robert Alexy, e pior, “conflitando com o artigo 93, inc. IX da CF, e com o resto do próprio CPC/2015”. (STRECK, 2017, p. 157).

Por conseguinte, verifica-se que o sistema projetado pelo legislador pátrio, que em um primeiro momento buscou estabelecer *amarras constitucionais* à decisão judicial pela via da argumentação dialógica (Habermas) acabou por contaminar toda democratização da racionalidade decisória ao desvirtuar a teoria da *argumentação jurídica* de Alexy, que jamais propalou a colisão de regras, e mais, que buscou prevenir o decisionismo judicial e não o promover.

#### 4 CONCLUSÃO

O desafio de lançar um olhar mais acurado para o Código de Processo Civil e ler nas entrelinhas de suas normas fundamentais e de motivação das decisões as matrizes filosóficas que embasaram a redação dos dispositivos legal, demonstrou que a racionalidade decisória almejada pelo legislador possui raiz na teoria do “agir comunicativo” e na “teoria do discurso” de Jürgen Habermas.

Tal constatação se mostra pelo normatizado entrelaçamento entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, que juntos denotam o “poder” de influenciar a decisão, pois mais do que “falar” no processo é preciso ser “ouvido”. Nesse prisma, o contraditório deixa de ser vislumbrado apenas no plano estático e passa a ser apreendido também no plano dinâmico. Ou seja, todo o desenrolar argumentativo deverá ser apreciado pelo julgador por ocasião da fundamentação da decisão (artigo 489, § 1º do Código de Processo Civil), motivo pelo qual o provimento final será elaborado em moldes policêntricos e em participação.

No sentido diametralmente oposto da barreira construída pelo legislador para evitar o decisionismo (ancorado em Habermas), tem-se no §

2º do artigo 489 do Código de Processo Civil uma verdadeira “cláusula de abertura”, uma vez que esta autoriza o magistrado a informar os critérios utilizados para a ponderação no caso de colisão de “normas”. O que se tem na realidade é uma versão “abrasileirada” da teoria da “argumentação jurídica”, proposta por Robert Alexy, que em seu nascedouro buscava justamente o contrário do que trilhou a legislação.

O autor alemão não admitiu colisão de regras, mas sim de princípios. Nesse talante, no Brasil, ante a equivocada redação do dispositivo legal, o julgador poderá realizar o sopesamento de regras, elegendo a que entende mais adequada ao caso concreto, por meio do uso retórico do princípio da proporcionalidade.

Portanto, o Código de Processo Civil Brasileiro, ao invés de aproximar as teorias de Habermas e Alexy, ambas discursivas, procedimentalistas e que possuem como escopo o afastamento do solipsismo do julgador, acabou por distanciar tal objetivo ao estimular não só a ponderação de princípios (que no Brasil também não guarda fidelidade teórica com Alexy), mas também a colisão de regras, onde a “livre escolha” caberá ao juiz. De nada adiantou retirar do bojo da legislação pátria o princípio do “livre convencimento motivado”, expressão “enterrada” da atual normatividade, mas cujo “espírito” vive por meio da criticada disposição legal. Na prática, o legislador *deu com uma mão* os balizamentos para uma fundamentação nos moldes do processo constitucional e *retirou com a outra* ao estatuir um espaço em branco para que o juiz preencha ao seu alvedrio.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Tradução: Luiz Afonso Heck.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

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

ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. Acervo Digital Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Minha Biblioteca. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6190-9/>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Altera o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 19 fev. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CORDEIRO, Túlio; MARQUES, Beatriz. (Org.). *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal-Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio; DELFINO, Lúcio; STRECK, Lenio Luiz; LOPES, Ziel Ferreira. A cooperação processual no novo CPC é incompatível com a Constituição. São Paulo, *Revista Consultor Jurídico*, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao?imprimir=1>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento do direito*. Nuno Manuel Morgadinho Santos Coelho. Cleyson de Moraes Mello (Org.). Rio de Janeiro: Freira Bastos Editora, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica, legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy, 2002.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schimith e a fundamentação do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed. revisada e atualizada. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NEGRI, André Del. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. revisada e ampliada. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2008.

NUNES, Dierle. Teoria do Processo Contemporâneo. *Revista de Direito do Sul de Minas*, Edição Especial. Pouso Alegre: FDSM, 2008.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!. São Paulo, *Revista Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em 27/02/2019. Acesso em: 23 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.