

O NOVO CPC E A NUDEZ DA PONDERAÇÃO¹

THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE AND THE NUDITY OF BALANCING

Denis Gleyce Pinto Moreira

Mestrando em Processo Coletivo e Direitos Fundamentais na
Universidade Federal do Pará. Pós-graduado em Processo pela
Universidade da Amazônia – UNAMA. Advogado da União.
dgpmoreira@gmail.com

RESUMO: O presente artigo pretende examinar no âmbito da teoria da decisão o tratamento que o novo Código de Processo Civil deu ao exame da ponderação em caso de colisão de normas. O propósito deste artigo é responder à seguinte questão: o que motivou, qual a finalidade e o que esperar do §2º, do art. 489, do NCPC? Para atingir o objetivo, o estudo enfrenta algumas das principais críticas ao dispositivo legal e apresenta interpretação de sua aplicação e desafios.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil. Fundamentação jurídica. Teoria da decisão. Ponderação. §2º, do art. 489 do NCPC.

ABSTRACT: This article aims to examine in the ambit of decision theory the treating the new Code of Civil Procedure gave the exam of balancing in case of standards collision situation. The meaning of this article is to answer the question: what motivated, what is the purpose and what to expect of §2º, do art. 489, do NCPC? To achieve the goal, the study faces some of the main criticisms of the legal provision and provides interpretation of your application and challenges.

¹ Artigo recebido em 04/10/2015 e aprovado em 18/05/2016.

KEYWORDS: New Civil Procedure Code. Legal basis. Decision theory. Balancing. Civil Procedure Code article 489, §2º.

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais; 2. O Direito não joga dados; 3. Escopo da fundamentação e contornos da ponderação; 4. A nudez da ponderação; 5. A nudez que escandaliza; 6. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. Considerações gerais.

O ordenamento jurídico pátrio novamente transita por um importante processo de renovação.

Com a publicação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o país passa a ter um novo Código de Processo Civil, doravante NCPC, que entra em vigor 1 ano após sua publicação oficial (art. 1.045).

Entre perplexidades, dúvidas, aplausos efusivos, críticas ácidas, a comunidade jurídica debruça-se sobre o novo código para aferir a natureza e o impacto de suas principais mudanças. E são muitas. Contudo, dentre as mais relevantes – sem dúvida – emerge a que está grafada no art. 489, do NCPC, que dispõe sobre a fundamentação das decisões judiciais.

O escopo do presente artigo não é mergulhar fundo em todas as minúcias do art. 489, do NCPC, o que demandaria o esforço de um tratado. É tracejar seu esboço teórico e ajustar o foco no §2º, do sobredito artigo, que trata da técnica da ponderação na hipótese de colisão de normas. A escolha tem motivo óbvio. É um passo emblemático em relação ao sistema processual anterior e representa uma saudável oxigenação em uma parte do sistema que estava enfermo, gangrenado pelo abuso de fundamentações obtusas, vazias, herméticas².

Contra tal estado de coisas, o NCPC traz a ousadia da nudez da ponderação, explicitamente prevista no §2º, do seu art. 489.

² Sobre o assunto J.J Calmon de Passos assim se pronunciou: “Estamos todos acostumados, entretanto, neste nosso País, que não cobra responsabilidade de ninguém, a certos modos de dizer de magistrados levianos que fundamentam seus julgados com expressões criminosas, como estas: ‘atendendo a quanto nos autos está fartamente provado’, ‘considerando a robusta prova dos autos’, ‘atendendo ao que disseram as testemunhas’ e outras levandades dessa natureza, que, se fôssemos apurar devidamente, seriam, antes de levandades, demonstrações flagrantes de arbítrio e de desprezo à exigência constitucional de fundamentação dos julgados, uma bofetada na cara dos ‘cidadãos de faz-de-conta’ que somos quase todos nós.” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3, p. 39)

Em síntese, o que se pretende neste artigo é responder a seguinte questão: o que motivou, qual a finalidade e o que esperar do §2º, do art. 489, do NCPC?

Vejamos, antes, a relação entre sistema aberto, arbitrariedade e cientificidade.

2. O Direito não joga dados.

A busca da cientificidade do Direito passava por formatá-lo com atributos típicos das ciências exatas como objetividade, previsibilidade, universalidade e controlabilidade³. A concepção de sistema jurídico fechado, a partir de Kelsen, enredou-se neste propósito. Também por isso, o sistema fechado kelsiano tinha espaço ínfimo para subjetividade e valoração axiológica. Sua arquitetura piramidal descendente a partir da norma fundamental era suficiente para o sistema justificar-se e valorar-se a si mesmo.

Contudo, o sistema fechado não foi suficiente para interagir e adequar-se à complexidade das demandas da sociedade. Havia necessidade de evolução do sistema. E ela veio com a proliferação de princípios, de cláusulas gerais, de conceitos jurídicos indeterminados, de espaços de discricionariedade e, sobretudo, com a abertura para valoração axiológica. Promoveu-se um avanço significativo da fronteira subjetiva ao preço de um recuo da objetividade⁴.

Ao passo que o sistema foi revigorado com a valoração axiológica, perdeu poder de controle, notadamente das decisões judiciais. É que a subjetividade é uma bela dama, cativante e sedutora. Mãe da arbitrariedade, sabe excitar a intimidade do intérprete, inflamar seu ego e prometer tentadora liberdade pessoal. Por isso, suscita traiçoeiras paixões e voos

³ Sobre este aspecto, Barroso ensina: ‘Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito.’ (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*). Disponível em: <http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Consultado em 15/05/2016.

⁴ Neste sentido, anota Kaufmann: ‘Todos os absolutismos, todas as fórmulas precisas, exatas – “ordem é ordem” e “lei é lei”, ou também “direito é Justiça” – todas elas escondem uma essência de falsidade e inflexibilidade. Só o que está em aberto, o incompleto, o que questiona está vivo.’ (KAUFMANN, A; HASSEMER, W. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002, p. 33-34).

cegos. Hipnotizados por seu cântico, amantes incautos entregam-se a ditaduras intelectuais, a volteios moralistas e a odiosas arbitrariedades.

Em muitos casos e aspectos, o Direito tornou-se um jogo de dados nas mãos de juízes solipsistas, comprometidos e apaixonados. O senso e sentido de justiça passaram a ser a mera projeção do ego, do modelo mental ou interesses do julgador, ainda que desconectados do processo e do sistema⁵.

Diante dos excessos que o sistema aberto suscitou, veio o refluxo.

O NCPC e, sobretudo, o seu artigo 489 é parte desse processo de reação às arbitrariedades que o sistema aberto permitiu com mais vigor.

No entanto, o supracitado dispositivo e, nomeadamente, o seu parágrafo segundo causaram turbulência, entre espasmos de euforia, fúria e até ameaças de desobediência geral do novo código no que Lenio Luiz Streck chama de “onda anti-novo CPC”⁶.

Neste particular, o Direito lembra o que aconteceu no âmbito das ciências exatas, que sempre foi parâmetro de cientificidade para o Direito. A reação que ora se vê em face do NCPC se assemelha à perplexidade causada entre os físicos clássicos pelas descobertas da física quântica no início do século passado. De repente, os geniais teóricos da física clássica se viram sem chão⁷. A teoria que explicava o funcionamento do universo já não era capaz de compreender, explicar e resolver os problemas do mundo subatômico. Conceitos

⁵ Marcelo da Costa Pinto Neves acentua: ‘Então, essa postura de simplificação e de articulação principiológica tem que ser revista porque, na verdade, está atuando como um mecanismo de corrupção sistêmica do Direito. E o que significa corrupção sistêmica? Corrupção sistêmica não é aqui no sentido penal, mas no sentido de uma sobreposição de critérios do imperativo econômico, de imperativos de poder sobre a decisão judicial’. (NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da interpretação da lei à interpretação do direito nas decisões judiciais. *In Cadernos do Conselho da Justiça Federal. Seminário Teoria da Decisão Judicial*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 78).

⁶ Em artigo “**O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido?**” para o site Consultor Jurídico, Lenio Luiz Streck relembra: “Já escrevi aqui sobre o juiz (*ler aqui*) que disse que, tivesse que fundamentar amiúde e não mais pudesse decidir conforme seu livre convencimento, mudar-se-ia para os Estados Unidos. Depois vem o episódio do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP), em que um juiz (*ler aqui*) disse que, tivesse que obedecer o artigo 489 do novo CPC, mudar-se-ia para a antiga Rodésia.” Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/senso-incomum-quando-juizes-dizem-ncpc-nao-obedecido>>. Consultado em 03/07/2015.

⁷ Fritjof Capra relata a perplexidade dos físicos: “O problema deles não era apenas intelectual, mas envolvia uma intensa experiência emocional e existencial, como foi claramente descrito por Werner Heisenberg: ‘Recordo as discussões com Bohr que se estendiam por horas a fio, até altas horas da noite, e terminavam quase em desespero; e, quando no fim da discussão, eu saía sozinho para um passeio no parque vizinho, repetia para mim, uma e outra vez, a pergunta: Será a natureza tão absurda quanto parece nesses experimentos atômicos?’ e mais à frente confessa: “Era como se o chão tivesse sido retirado de baixo de meus pés, e não houvesse em qualquer lugar uma base sólida sobre a qual pudesse construir algo.” (CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente**. 27 ed. São Paulo: Cultrix, 2001, p. 71-72)

como o observador e como conexões não locais eram radicais demais até para mentes geniais como a de Albert Einstein.

Por exemplo, a influência do observador no mundo subatômico – tal como a do intérprete sobre o texto normativo para extrair seu sentido – rompia com o conceito clássico de objetividade. O conceito de não localidade era incompatível com a percepção linear de causalidade do universo mecanicista-cartesiano e, portanto, com sua nota de previsibilidade.

No mundo subatômico não era possível previsibilidade, mas apenas probabilidades. Diante desse cenário caótico, Einstein rebelou-se com sua célebre frase:

_ Deus não joga dados!

A objeção enfática do gênio da Física abriga todo desconforto causado por uma grande mudança teórica que rompia com um paradigma assentado e que ensejaria um árduo, penoso e incerto recomeço.

Ajustando o prisma para a questão jurídica da subjetividade e incerteza causada pela abertura do sistema, poder-se-ia parafrasear Einstein e afirmar que:

_ O Direito não joga dados!

Ou seja, quem se submete ao Estado, no exercício de sua função jurisdicional, não o faz com o espírito de quem vai a uma casa lotérica jogar aleatoriamente sua sorte. Crê – mesmo que jejuno em Direito – que a justiça é algo mais do que um mero arbítrio pessoal, recôndito e hermético do juiz.

Para além do ponto comum de perplexidade, os relatados episódios da Física e do Direito tomaram direções diferentes. Enquanto a revolução da física quântica movia aquela ciência da objetividade para subjetividade, da previsibilidade para probabilidade, no Direito o movimento que ora se vê com o NCPC é o contrário. O Direito, sobretudo, a teoria da decisão no âmbito processual, começa a mover-se de um espaço de subjetividade quase absoluta para um marco de objetividade relativa, move-se – dessarte - da imprevisibilidade para o controle.

Não se trata de um movimento de exclusividade, onde sai a subjetividade para imperar a objetividade. Trata-se de um equilíbrio balanceado de graus para fins de controle, justificação e coerência.

Quanto ao controle da subjetividade do juiz, Marinoni, Arenhart e Mitidiero anotam com percuciência:

(...) a questão não está a negar o espaço de subjetividade do juiz – que inquestionavelmente existe a partir do reconhecimento da equivocidade da linguagem e da vagueza das normas e será maior ou menor de acordo com a espécie normativa com que disciplinada determinada situação (princípio ou regra) e de acordo com a técnica legislativa empregada (técnica casuística ou técnica aberta). A questão está em tornar as decisões judiciais *intersubjetivamente controláveis* a partir de um modelo adequado de interpretação e aplicação do Direito⁸.

Neste lume, preciso o escólio de Michele Taruffo sobre a motivação racional⁹:

O juiz não decide interpretando o voo dos pássaros, examinando a posição de astrágalos ou observando o comportamento de um ‘pintinho envenenado’. A decisão não deve ser concebida nem mesmo como o resultado aleatório da sorte: o juiz não faz apostas, não participa de loterias (...) e nem decide lançando os dados.

E arremata:

(...) a decisão sobre fatos não pode nem mesmo ser o resultado de uma intuição racional, ou uma introspecção humana com a qual o juiz penetra nas profundezas mais recônditas de seu espírito para ressurgir com uma certeza subjetiva (talvez qualificada como “moral” ou “absoluta”) impenetrável e misteriosa sobre a verdade dos fatos. Pelo contrário, sendo orientada para averiguação da verdade dos fatos, a decisão deve ser resultado de um processo racional, que se realiza de acordo com as regras e princípios, ou seja, de acordo com um método que permita a controlabilidade e garanta sua validade.

⁸ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. Volume I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 138.

⁹ TARUFFO, Michele. **La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti**. Bari: Laterza, 2009, p. 194.

Noutra dicção, o destinatário da norma interpretada não provoca o juiz-Estado para testar sua sorte no jogo aleatório de subjetividade íntima do julgador. O jurisdicionado não quer uma decisão qualquer, mas sim uma decisão racionalmente motivada, cuja fundamentação seja tecnicamente explícita, tal como exige o artigo 489, do NCPC.

3. Escopo da fundamentação e contornos da ponderação.

Conforme visto acima, estamos vivenciando um momento de refluxo, de combate a arbitrariedades decorrentes do uso abusivo da subjetividade e valoração pessoal.

O dever de fundamentar decisões é uma faceta do Estado Democrático de Direito. Tem função endoprocessual e extraprocessual. A primeira permite que as partes e as instâncias superiores conheçam a motivação da decisão para fins de controle. A segunda permite o controle difuso da decisão pela sociedade para fins de controle e legitimação.

A fundamentação adequada é imprescindível para o adequado controle da decisão judicial. É um discurso justificativo sujeito a controle. Mas, para que este controle seja viabilizado, o juiz deve desnudar sua interpretação, deve explicitar como promoveu uma interpretação integrativa¹⁰, extraindo do texto uma norma jurídica para o caso particular, mas que pode servir de norma jurídica geral, mais abrangente, pelo sistema de precedentes.

No que tange ao teor do discurso justificativo, Marco Eugênio Gross assinala: “(...) a motivação é um discurso justificativo, em que se supõe estabelecer a justificação das opções valorativas existentes na lógica do juiz¹¹.” E citando Michele Taruffo explica o conteúdo mínimo da motivação da decisão judicial:

¹⁰ ‘A teoria da norma jurídica repousa na ideia fundamental de que a norma, objeto da interpretação, não se identifica com o texto, antes se apresenta como resultado de um trabalho de construção, correntemente designado de concretização. Mesmo o juiz, logo um tribunal, longe de se limitar a aplicar automaticamente a norma a um caso particular, exerce uma “liberdade de opção” (*discretion*) que opera, em termos práticos e operativos, como verdadeira decisão. E como o texto é suscetível de comportar vários significados (‘plurissignificatividade’), é tarefa do juiz escolher dentre estes a norma a aplicar ou a “regra de decisão”. É essa ‘escolha’ ou ‘opção’ que corretamente se designa de interpretação. Esta consiste na determinação do significado objetivo de um texto. Isto leva necessariamente a uma ‘interpretação integrativa’ do texto no quadro de uma ‘teoria da norma para o caso particular’ (case law, Fallnorm)’ (QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais (Teoria Geral)**. Coimbra: Coimbra Ed. 2002, p. 178)

¹¹ GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, dez. 2013, p. 138.

(a) a enunciação das escolhas feitas pelo julgador, devendo haver a individualização das normas e dos fatos aplicáveis e a consequente qualificação jurídica; (b) aos nexos de implicações e coerência entre os enunciados fáticos-legais e (c) à justificação desses mesmos enunciados de forma racional¹².

Portanto, não se trata de mera burocracia, de vazia solenidade. É a motivação adequada que legitima a própria existência e atuação do Poder Judiciário. Neste sentido, explica Manuel Atienza que “(...) los jueces (a diferencia de los legisladores e, indirectamente, de los órganos superiores de la Administración) no son elegidos democráticamente; la legitimidad de su poder no depende de su origen, sino exclusivamente de su ejercicio, de la razones que puedan aducir para justificar sus decisiones.”¹³

A questão da legitimidade é importante, também, por conta da grande concentração de poderes no juiz, sujeito a influências de toda ordem. O Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, Luís Roberto Barroso, ressalta um aspecto que cada vez mais ganha importância no tocante à motivação das decisões judiciais. Ele afirma que a moda agora é dizer que a ideologia do juiz influencia sua decisão. Luís Roberto Barroso não só admite que isso ocorre, como defende essa postura. Aduz que o “juiz, como qualquer pessoa, tem uma ideia do que seja o bem, do que seja o correto, do que seja o justo.” Identifica que aspectos legalistas, ideológicas e institucionais influenciam o juiz e, portanto, as decisões judiciais e pondera: “É melhor que encobrir a circunstância de que o juiz leva inúmeros fatores extrajurídicos em conta é fazer exatamente o contrário, é explicitar quais são os fatores extrajurídicos que estão sendo levados em conta.”¹⁴

Por tudo isso, resta evidente a importância da fundamentação adequada, sobretudo, quando diz respeito à técnica de ponderação, cujo espaço de valoração e subjetividade exige maior ônus argumentativo.

É neste contexto que se justifica o §2º, do art. 489, do NCPC. Ele adota a ponderação (*Abwägung*) da Teoria da Argumentação Jurídica e Teoria dos Direitos

¹² *Idem*, p. 138.

¹³ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 2 ed. Barcelona: Editorial Ariel, 2004, p. 264.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Casos difíceis e a criação judicial do Direito**. In Cadernos do Conselho da Justiça Federal. Seminário Teoria da Decisão Judicial. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 27.

Fundamentais¹⁵ lavradas por Robert Alexy e consagrada pela doutrina alemã e que tem como bússola a lei da ponderação. Portanto, a ponderação de que trata do NCPC não diz respeito à técnica do balanceamento (*balancing*) da doutrina norte-americana, que defende que a decisão judicial deve levar em consideração todos os fatores potencialmente relevantes para o julgamento. Na prática, a *abwägung* alemã e o *balancing* estadunidense ofertam caminhos diferentes para técnicas de decisões judiciais, uma vez que a primeira enfrentará as etapas para otimização dos princípios concorrentes em colisão, ao passo que a segunda submeterá a tratamento todos os aspectos relevantes do processo¹⁶.

Para além do critério de peso proposto por Ronald Dworkin, Alexy enfrenta a colisão de princípios com a lei da ponderação e o princípio da proporcionalidade, que abriga três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁷.

Sobre a colisão entre princípios, Alexy assinala¹⁸:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 95.

¹⁶ A respeito do tema, cf.: LIMA, Francisco Gérson Marques de; PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. **O princípio do balanceamento (balancing) ou do contrapeso de valores e bens constitucionalmente protegidos**. Disponível em: < http://www.repositorio.ufc.br/ri/bitstream/riufc/12243/1/2007_art_fgmlima.pdf >. Consultado em 15/05/2016.

¹⁷ Sobre a diferença de abordagem entre Dworkin e Alexy, Gisele Goes leciona: ‘(...) o que aparta os pensamentos desses dois pesquisadores é a visão do direito enquanto integridade construída por Dworkin. Entende ele que se deve achar a melhor solução para os *cases*, enquanto Alexy estabelece uma teoria racional procedimental para o discurso jurídico que, além de voltada para razão prática, obedece às regras de ponderação, direcionada primordialmente pela máxima da proporcionalidade, no exame das colisões entre princípios, os quais são, desse modo, mandatos de otimização’. (GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 38).

¹⁸ *Op. cit.*, p. 93-94.

princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso.

A lei de ponderação foi recebida com entusiasmo, mas foi alvo de calorosas críticas. É que ela é vaga e incapaz de drenar a subjetividade do juiz. Deixa um largo espaço de discricionariedade¹⁹, que tem sido preenchido por decisões contraditórias e arbitrariedades, difíceis de sujeitar a controle²⁰. É nesta toada que surge um esforço de se estabelecer um procedimento racional e dialógico que garanta racionalidade, objetividade e controle à ponderação. Neste sentido, o próprio Alexy apresenta quatro exigências relativas aos postulados de racionalidade procedimental prática, quais sejam: “(1) un grano sumo de claridad lingüístico-conceptual, (2) un grado sumo de información empírica, (3) un grado sumo de universalidad, (4) un grado sumo de desprejuiciamiento.”²¹

Movimenta-se hercúleo esforço para controlar o excesso de subjetividade. Postula-se, então, o contraditório-influência e o processo dialógico dentro de um contexto intersubjetivo e de pluralismo deliberativo. Antonio do Passo Cabral explica que a produção autorreferencial do Direito foi baseada no paradigma sujeito-objeto (Descartes, Hume) que isola o sujeito no laboratório para extrair a verdade do objeto de estudo. Afirma que essa racionalidade onipotente entra em crise com o advento da psicanálise moderna e o irracional do inconsciente humano. Então, o isolamento da onipotência racional cede lugar ao isolamento da subjetividade mentalista. Aduz que o resgate da intersubjetividade e da

¹⁹ Oscar G. Chase explica que a ascensão da discricionariedade está atrelada ao mercado moderno e às demandas pela superação de um modelo formalista para um modelo mais flexível de processo, capaz de se desgarrar das formas e de responder com eficiência às exigências do mercado. (CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Tradução de Sergio Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 121-123)

²⁰ Como se sabe, o princípio da proporcionalidade está no âmago da técnica de ponderação. Fausto Moraes explica que ele tem sido adotado sob dois prismas no Supremo Tribunal Federal – STF, ambos relacionados ao controle de abusos do poder do Estado. Vejamos: ‘A primeira, relacionada ao controle de intervenção nos Direitos Fundamentais, por ação ou omissão, o que remete, mesmo que em alguns casos veladamente, à proibição de excesso (*Übermassverbot*) ou à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). A segunda, como referência à (in)correção da atuação estatal nas decisões sobre a aplicação do Direito positivo, principalmente, no exercício do poder punitivo do Estado nos termos legais.’ (MORAES, Fausto Santos. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. Tese de doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2013, p. 219.)

²¹ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 176.

persuasão só ocorrem com “a virada linguística e as teorias do agir comunicativo pelo discurso (...)”.²²

O que se pretende é que a decisão judicial não seja um jogo de dados. Deve fundamentar-se em uma dialética racional de condicionamentos recíprocos. Neste sentido, Cabral pondera:

É a dialética de mútua implicação e estímulo, em que cada comportamento resulta de um conjunto de impulsos e opções submetidas ao controle e reação alheios, num intercâmbio, em difusão, de propostas e respostas, ataque, contra-ataque e defesa. No discurso processual, os sujeitos estão colocados em posições que os permitem agir e reagir, condicionar os demais e receber estímulos, os quais, por sua vez, quando assimilados, influenciarão as condutas subsequentes. Portanto, a influência no debate é retro-operante²³.

Noutra dicção, quer-se a superação do isolacionismo, da produção autorreferencial e pessoal do Direito. As decisões judiciais precisam adequar-se a este novo paradigma, sujeitando-se à abertura democrática através de uma fundamentação adequada e condicionada pela racionalidade do contraditório-influência e por um processo comunicativo racional²⁴.

4. A nudez da ponderação.

Reza o §2º, do art. 489, do NCPC:

²² CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense: 2010, p. 120-122

²³ *Op. cit.*, p. 122.

²⁴ Bustamante explica que para um discurso ser considerado um processo comunicativo racional deve ter as seguintes condições ideais: (Habermas 1984:25): (1) os interlocutores devem estar em uma “situação ideal de fala”, caracterizada basicamente pela “simetria geral de condições”, em que cada participante do discurso pode estruturar seus atos de fala de modo que não exista qualquer coação, senão a “força do melhor argumento” (ibidem); (2) a argumentação, entendida como procedimento, deve ser compreendida como uma “forma de interação sujeita a regras especiais” (ibidem); e (3) a argumentação deve ter como finalidade “produzir argumentos cogentes que sejam convincentes em virtude de suas propriedades intrínsecas e que possam ser redimidos ou rejeitados com a ajuda de suas pretensões de validade” (Habermas 1984:26).’ (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 147)

§ 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.

Destrinchemos o dispositivo para capturar sua alma.

O primeiro ponto a destacar é que ele não fala em colisão de princípios, mas de normas. Quer isso dizer que admite a ponderação diante da colisão de princípios, na colisão de princípios com regras e na colisão de regras.

Trata-se, pois, de uma ampliação significativa da proposta clássica de ponderação, mais adequada ao estágio atual do Direito. Sobre a ampliação do tratamento da ponderação, destaca-se na doutrina Humberto Ávila que cimentou o entendimento de que regras também conflitam - não apenas no nível de validade, mas no de aplicação – e estão sujeitas à “ponderação de razões”, pois em certos casos “o modo de aplicação da regra, portanto, não está totalmente condicionado pela descrição do comportamento, mas que depende do sopesamento de circunstâncias e argumentos.”²⁵

No segundo momento, o dispositivo traz o verbo dever. Portanto, afasta a interpretação de que a nudez da ponderação é uma mera faculdade, o que aliás é a tônica do NCPC. Portanto, é dever do juiz justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação. Destaquemos duas palavras deste trecho do dispositivo: objeto e critérios.

Objeto a ser justificado? Mas qual objeto? Há duas leituras possíveis. Uma interpretação gramatical do dispositivo nos induz a afirmar que se trata do objeto da ponderação: tipo de normas. Uma segunda interpretação, ampliativa, decompõe o objeto da ponderação em vários elementos, que se relacionam entre si. Segundo Humberto Ávila tais elementos são: bens jurídicos, interesses, valores e princípios²⁶.

O dispositivo supracitado também exige explicitação dos “critérios gerais da ponderação efetuada”. Com esta exigência, sufoca-se o pendor à arbitrariedade. Torna-se obrigatório o juiz esclarecer quais critérios utilizou. Não basta dizer que aplicou o princípio

²⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 76.

²⁶ *Op. cit.*, p. 184.

da proporcionalidade ou da razoabilidade. Isso é insuficiente. É preciso trazer ao auditório público do processo dialógico qual equação utilizou para se chegar ao resultado.

Na sequência, o dispositivo impõe que o julgador enuncie “as razões que autorizam a interferência na norma afastada”. Ou seja, exige-se uma motivação para não aplicar determinada norma.

A palavra razão não está aí por acaso. Ela é um marco hermenêutico para diminuir o espaço de intuicionismos e achismos pessoais. No caso, a palavra razão tem duplo aspecto: primeiro finca seu valor filosófico e científico, que harmoniza a convivência entre subjetividade e objetividade. Seu segundo aspecto é técnico, no sentido de impregnar a ponderação da racionalidade processual dialógica.

Por outro lado, embora este trecho do dispositivo exija fundamentação para afastar uma norma, obviamente – e com mais razão – a decisão deve apresentar os argumentos que justificam a prevalência da norma que não foi afastada e que incidirá no caso concreto. Não custa ressaltar, de mais a mais, que o §1º, do art. 489, do NCPC, considera nula a decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada na decisão, por força de seu inciso IV.

Neste sentido, Fredie Didier alerta:

Como quer que seja, o importante é que, qualquer que seja a técnica utilizada para superar o conflito normativo, ela exige do juiz uma *justificação*. Não basta dizer, por exemplo, que uma regra constitui exceção do que diz a outra, ou que, no caso concreto, um determinado princípio deve prevalecer sobre o outro. É preciso que se justifique, no caso da regra excepcional, por que se trata de exceção – e não, por exemplo, de revogação; no caso do princípio, por que o caso concreto exige a aplicação de um, e não de outro²⁷.

²⁷ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processo civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, 325-326.

Noutro giro, quando o dispositivo fala em “norma afastada”, não se refere necessariamente ao plano da validade (regras), mas também à métrica de peso ponderável (regras e princípios).

Noutra quadra, quando o dispositivo fala em explicar as razões que autorizam a interferência da norma afastada, ele remete claramente à regra de Robert Alexy sobre ponderação: quanto maior o grau do não cumprimento de um princípio, tanto maior tem que ser a importância do cumprimento do outro princípio²⁸. Ou seja, a decisão deve explicar como promoveu o ajuste de prevalência e satisfação de um princípio sobre o outro que foi afastado.

Averbe-se, ainda, que o dispositivo refere-se às “premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Essa parte do texto normativo remete à teoria da prova, que sofreu importante modificação ao adotar o ônus dinâmico da prova (art. 373, §1º, NCPC).

Neste ponto particular, o dispositivo valoriza as premissas fáticas, especialmente porque a distribuição dinâmica da prova no curso do processo pode mover as premissas e modificar substancialmente o resultado da ponderação e, portanto, os fundamentos da decisão.

Por fim, com Ávila, convém lembrar a importância dos postulados normativos, enquanto normas metódicas “que instituem critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação”²⁹. Sobre a o uso dos postulados normativos no caso de colisão de normas de que trata o §2º, do art. 489, do NCPC, Marinoni, Arenhart e Mitidiero assinalam³⁰:

Frequentemente, porém, pode ocorrer de dois ou mais princípios *colidirem* e imporem soluções diferentes para um mesmo problema jurídico. Nesse caso, é preciso *concretizar* os princípios jurídicos com níveis diferentes de intensidade com o auxílio de outras normas – mediante a utilização de postulados normativos. Os princípios são aplicados concomitantemente – apenas em graus diferentes. *Portanto, para correta aplicação dos princípios jurídicos em juízo é*

²⁸ ALEXY, Robert. **Constitutional Rights, Balancing and Rationality**. Ratio Juris, v.16, n. 2, 2003, p. 136.

²⁹ *Op. cit.*, p. 164.

³⁰ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. Volume I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 513-514.

necessário em primeiro lugar identificar quais são as finalidades que esses impõem e qual é a colisão existente. Em segundo lugar, é preciso identificar qual é o postulado mais adequado para solução da colisão principiológica – escolha essa que obviamente exige justificação – e de que maneira este postulado leva à solução do problema posto em juízo – o que evidentemente também demanda justificação própria por parte do intérprete (art. 489, §1º e 2º).

5. A nudez que escandaliza.

Conforme destacado alhures, o art. 489 do NCPC incitou um saudável e apaixonado debate sobre sua justificativa, aplicação e desafios.

Primeiramente é dever afastar um sofisma: é um dispositivo dispensável, pois ele apenas grafa um dever implícito no sistema e na norma do inciso IX, do art. 93, da Constituição Federal.

Não é verdade.

Primeiramente a inverdade do argumento fica explícita quando se compara o sistema processual anterior e o atual. No anterior, por exemplo, da fundamentação não emergia uma norma geral com potencial para embasar ou superar precedente. Neste sim³¹, o que por si só já demonstra a gravidade de uma incorreta ou lacunosa fundamentação. Não só isso, em um novo sistema baseado na lógica de precedentes e nas técnicas de uniformização, a fundamentação ganha um *status* diferenciado.

³¹ ‘Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 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.’

No sistema anterior, o Supremo Tribunal Federal – STF³² já tinha firmado o entendimento que o juiz não precisava enfrentar todos os argumentos, lógica esta seguida como mantra dogmático por todas as instâncias.

Isso agora muda, parcialmente, inclusive pelos motivos anteriormente expostos³³.

Não bastasse isso, a arquitetura conceitual e principiológica do NCPC o formatou em um sistema bem mais aberto que o anterior, vazado em amplos poros valorativos que dão margem a um grau de subjetividade e indeterminação bem mais amplo que o sistema anterior, o que justifica as amarras fincadas no art. 489, do NCPC, como garantias de controle das decisões judiciais.

Para além disso e conforme se verá mais à frente, houve uma repaginação do conceito de ponderação no supracitado dispositivo, mudança esta que afeta decisivamente toda técnica de interpretação e aplicação das normas jurídicas submetidas à ponderação.

Veja-se que o dispositivo já traz uma abordagem atual sobre ponderação. Não se refere restritivamente à ponderação de princípios, mas ponderação em caso de colisão de normas. E isso não é pouca coisa. É uma profunda virada conceitual.

Portanto, é um equívoco dizer que o art. 489, do NCPC, é um dispositivo dispensável. Seguramente não é.

Um segundo aspecto relevante a ser anotado é que o rol do artigo 489, do NCPC é meramente exemplificativo, pois a fundamentação das decisões judiciais é garantia fundamental, não apenas decorrente do inciso IX, do art. 93, da Carta Constitucional, mas como decorrência do Estado de Direito e conteúdo mínimo do devido processo legal³⁴. Por ser meramente exemplificativo, quer isso dizer que uma decisão pode ser considerada como não fundamentada com base em outra norma do sistema.

³² Neste sentido: o AI-AgR 242.237, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 22.09.2000; AI-AgR 594.628, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 27.03.2008; AI-AgR 529.105, 2ª T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 06.05.2010; AI-AgR 764.981, 1ª T., Rel. Min. Ayres Brito, DJ de 06.05.2010.

³³ Enunciado 459, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: '(arts. 927, §1º, 489, §1º, V e VI, e 10) As normas sobre fundamentação adequada quanto à distinção e superação e sobre a observância somente dos argumentos submetidos ao contraditório são aplicáveis a todo o microsistema de formação dos precedentes. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)'. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Consultado em 15/05/2016.

³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito.** in *Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988, n. 7, pp 88-90.

Ainda por estes motivos, o pedido de veto ao artigo 489, do NCPC feito por várias associações de magistrados não foi bem recebido por parte da comunidade jurídica³⁵. O referido dispositivo tem gerado intensas discussões no âmbito da justiça trabalhista e do direito processual do trabalho³⁶, conhecido por sua celeridade, oralidade e eficiência.

Uma análise estritamente técnica é suficiente para superar a resistência.

Muitas são as razões para aplicação do art. 489, no processo trabalhista. A uma, porque a CLT não tem regra específica, que molde a fundamentação ao sistema de precedentes e técnicas de uniformização de jurisprudência, agora adotado pela CLT, nos termos da Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014.

A duas, porque o NCPC sendo norma posterior, revoga as anteriores que com ele colidem.

A três, porque o art. 489, do NCPC, foi construído a partir da teoria da decisão e está afeto à teoria geral do processo. Logo, espraia-se pelo ordenamento jurídico, impregnando todos os microssistemas que aplicam o CPC subsidiária ou supletivamente, como é o caso do microssistema de normas trabalhistas (art. 769, da CLT e art. 15, do NCPC).

Para além disso, o microssistema de normas trabalhistas não tem como extirpar esse novo formato de fundamentação porque ele adotou, também, técnicas de uniformização de jurisprudência, que justificam exatamente esse novo formato de fundamentação, conforme se pode atestar da Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014. Extirpar a parte, desfiguraria o todo, aleijando-o, obliterando seu sentido, coerência e funcionalidade.

Por fim, o microssistema de normas trabalhistas não é um sistema à parte do Estado de Direito, devendo-se validar-se neste e não negá-lo a partir da supervalorização de suas particularidades.

Mas, ainda que todas as arguições anteriores fossem superadas, é preciso lembrar de um detalhe capital. O art. 489, do NCPC apenas densifica o inciso IX, do art. 93, da Constituição Federal. Trata-se de garantia constitucional fundamental. Por isso, chama a incidência dos princípios da máxima proteção, da proibição de proteção ineficiente e da proibição de retrocesso. Por conseguinte, uma vez implantado um avanço na garantia de

³⁵ Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao> >. Consultado em 15/05/2016.

³⁶ Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mai-26/fundamentacao-decisoes-gera-confronto-entre-advogado-juiz> >. Consultado em 15/05/2016.

fundamentação das decisões, não há como recuar, mas antes interpretá-la pela ótica da máxima proteção e da plena efetividade.

Foi o que fez o Tribunal Superior do Trabalho – TST através da Resolução nº 203, de 15 de março de 2016, que dispõe sobre as normas do CPC/2015 aplicáveis ao processo do trabalho. Na referida Resolução, o TST confirmou a aplicação do art. 489, embora com temperamentos e ajustes ao processo trabalhista³⁷.

Superadas estas objeções, vejamos outras mais instigantes, notadamente de Lenio Luiz Streck, que tem sido um dos fortes críticos do § 2º, do art. 489, do NCPC, que adjetiva como inovação “esquisita”, “bizarra”, “gangrena epistêmica”, que só merece a amputação do novo código. O autor não poupou críticas ao dispositivo no seu artigo: “Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!”

Dentre outras críticas denuncia que a ponderação adotada pelo NCPC é uma imperfeita e inadequada importação da proposta de Alexy. É ler:

Observe-se que, por si só, já é de duvidosa cientificidade a expressão “colisão de (ou “entre” – sic) normas”. O sopesamento de que fala Alexy nem de longe é o *balancing* de que fala Dworkin. Ele e Alexy não tem nada a ver. Logo, há, aqui, um grave equívoco teórico. Quem disse que a ponderação (seja lá o que o legislador quis dizer com essa expressão) é necessária? Por exemplo, é possível demonstrar que essa história de colisão não passa de um alibi retórico para exercer a escolha arbitrária. Posso demonstrar que onde se diz existir uma “tal” colisão, na verdade o que existe é apenas um artifício para exercitar uma “livre escolha”. Jusfilósofos como Juan Garcia Amado ironizam essa “manobra pseudo-argumentativa” que é lançar mão da ponderação³⁸.

³⁷ A aplicação do art. 489 no processo trabalhista está minudenciada no art. 15 da Resolução nº 203/2016, do TST. Na sua exposição de motivos consta: ‘A Comissão reputou inafastável a aplicação subsidiária ao processo do trabalho da nova exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º). Cuidou, contudo, de algumas regras elucidativas e atenuadoras, sobretudo de modo a prevenir controvérsia sobre o alcance dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC (art. 15, incisos I a VI da IN)’. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ac28-2a5f8a27f1fe>>. Consultado em 15/05/2016.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Consultado em 05/07/2015.

Com estes e outros vários argumentos, ataca a cientificidade da ponderação inserta no §2º, do art. 489, do NCPC. Para acentuar sua crítica à falta de cientificidade da ponderação, informa que pesquisa feita no Google encontrou os seguintes resultados: ponderação tem 593 mil resultados; princípio da ponderação tem 42.880; regra da ponderação, 11.770; ponderação de valores, 67.700; colisão de normas, 25.000.

Dentre suas críticas destaca-se a inabilidade do uso da técnica de ponderação. Notícia que a tese de doutorado de Fausto de Moraes³⁹ - por si orientada -, fez um levantamento de cerca de duzentas decisões, dos últimos 10 anos, do Supremo Tribunal Federal – STF na qual este fez suposto uso da ponderação e o resultado é chocante: simplesmente nenhuma usou corretamente a técnica de ponderação proposta por Robert Alexy.

Sem embargo, é uma constatação que merece reflexão e esforço para superação desse caos. Trata-se de um fenômeno que transborda o umbral da Corte Suprema e, por certo, é tão ou mais grave nas instâncias inferiores. Contudo, os próprios dados de Streck confirmam que a ponderação já é uma técnica utilizada em nosso país, embora de forma não uniforme, equívoca e por vezes arbitrária. Logo, não é o NCPC que vai implantá-la por aqui. Antes, tenta explicitá-la em parâmetros mais objetivos.

Também discordo de Streck quando ele vaticina que o dispositivo legal abre mais espaço para subjetividade. Penso exatamente o contrário. A ponderação é uma realidade. Amplo espaço para subjetividade já há. Ao exigir a nudez da ponderação – sob pena de nulidade da decisão -, o NCPC pretende levantar o véu da fundamentação e encolher o refúgio do mero arbítrio pessoal. Ao exigir uma argumentação racional, mostra-se sintonizado com o novo paradigma de processo dialógico, que se sujeita à abertura democrática através de uma fundamentação adequada e condicionada pela racionalidade do contraditório-influência e por um processo comunicativo racional.

6. Conclusão.

³⁹ *Op cit.*, p. 141-143.

De tudo quanto acima alinhavado, impõe-se enfrentar o questionamento ao qual esse artigo se propôs responder: o que motivou, qual a finalidade e o que esperar do §2º, do art. 489, do CPC?

Primeiramente, é importante ir ao cume do ordenamento para vislumbrar uma visão panorâmica do sistema. Nesta perspectiva, é fora de dúvida que o fenômeno sócio-político que deslocou a Constituição para o centro do sistema teve como uma de suas forças motrizes o combate ao arbítrio do Estado. Neste passo, com a licença ao truísmo, convém lembrar que o Estado não se resume ao Poder Executivo, o juiz é também Estado e, como tal, pode cometer arbitrariedades.

Ainda neste prisma, não se pode perder de vista que o artigo 489, do NCPC finalmente dá densidade e força ao inciso IX, do art. 93, da Constituição Federal. Trata-se de uma das garantias fundamentais mais preciosas ao sistema e que vinha sendo corroída e vilipendiada há tempos e que agora se revigora, com potência e dignidade típicas de uma norma central do sistema.

Como última nota geral, é equivocado interpretar o artigo 489, do NCPC isoladamente. Em verdade, é preciso situá-lo dentro de um quadrante maior e, especialmente, no âmbito da reestruturação do processo civil. Ao adotar técnicas de uniformização, o NCPC promoveu uma série de mudanças conceituais e técnicas, com amplos efeitos em cadeia. Nesta toada, a fundamentação passou a ter ainda mais importância, sendo determinante para formar normas individuais e gerais para retroalimentar todo o sistema.

Conforme dito alhures, o art. 489, do NCPC é parte de um processo maior, de refluxo e contenção da arbitrariedade. Quem acha que se foi longe demais, precisa ler com calma a proposta de Projeto de Lei nº 349/2015⁴⁰, apresentado pelo Senador Antonio

⁴⁰ Consta na justificativa do sobredito Projeto de Lei: “Como fruto da consolidação da democracia e da crescente institucionalização do Poder Público, o Brasil desenvolveu, com o passar dos anos, ampla legislação administrativa que regula o funcionamento, a atuação dos mais diversos órgãos do Estado, bem como viabiliza o controle externo e interno do seu desempenho.

Ocorre que, quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de segurança jurídica. O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional.

Em razão disso, os professores Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto elaboraram projeto de lei, que ora é acolhido, fruto de projetos de pesquisa de pesquisa desenvolvidos por pesquisadores da Sociedade Brasileira de Direito Público em parceria com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. O resultado desse trabalho foi publicado na obra “Contratações Públicas e Seu Controle”, pela Editora Malheiros, ano 2013.” Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=121664>. Consultado em 06/07/2015.

Anastasia, que pretende modificar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942) para incluir disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Já no seu artigo primeiro dispõe:

Art. 1º Inclua-se os seguintes artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei n. 4.657, de 1942:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 26. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso as suas consequências e, quando for o caso, as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor, aos sujeitos atingidos, ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da invalidação e das medidas impostas, inclusive em face das possíveis alternativas.

É neste contexto que a ponderação ganha capital relevo. A reengenharia do sistema processual ainda garante valioso espaço para valoração axiológica e para o protagonismo judicial, mas não para paixonites irresponsáveis com a tentadora dama.

Não se quer asfixiar a dama, quer-se desnuda-la.

Mas nem tudo é motivo para festejo.

Há justos motivos para críticas e preocupações.

Não se pode perder de vista que vivemos um momento – pós implantação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – no qual o Poder Judiciário passou a ser submetido a um novo modelo de gestão e métricas. Tribunais e juízes estão submetidos a metas de

produção, a prazos, a controles internos e externos. A pressão é grande e é indisfarçável a ansiedade de correr com processos, sobretudo quando há riscos de eventuais atrasos repercutirem em interesses pessoais e políticos de magistrados, varas e tribunais.

Ao exigir uma fundamentação minuciosa, uma ponderação nua, o NCPC traz consigo uma exigência implícita de mais tempo dedicado à construção intelectual das decisões judiciais. Esta exigência tem ainda maior gravidade quando a fundamentação é basicamente principiológica, hipótese na qual o ônus argumentativo é ainda maior.

Entraremos em uma fase de tensão entre celeridade e fundamentação adequada e que pode propiciar, inclusive, uma tempestade de embargos de declaração (inciso II, parágrafo único, do art. 1.022, do NCPC) dos descontentes com a aplicação do dispositivo em comento.

Em verdade, a garantia da duração razoável do processo não exige um processo apressado, atropelando garantias fundamentais para alcançar seu fim. Pressa e celeridade não se confundem. Deve-se ganhar tempo com aquilo que é despiciendo, desnecessário, não com o que é fundamental. A rigor, a garantia da duração razoável do processo faz parte de um conceito maior que é a garantia do processo justo. De que adianta um processo que acabe logo e entregue uma prestação jurisdicional pífia, superficial, injusta?

Aliás, sobre o conflito entre fundamentação e celeridade, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki já se posicionou: deve priorizar a fundamentação⁴¹. O desafio posto é conseguir conciliar uma decisão adequadamente fundamentada com uma prestação jurisdicional célere e evitar que este dispositivo sabote, sem querer, a proposta de celeridade do NCPC. Na prática, em muitos rincões deste país, não será fácil.

Noutra angulação, como dito alhures, é fato que a ponderação é uma técnica usada equivocadamente, ao gosto do freguês. Alçada ao centro do processo decisório, a ponderação não pode ter a mesma imprevisibilidade de um átomo ou de um coração apaixonado. Portanto, esse é um segundo desafio: utilizar corretamente a técnica da ponderação.

⁴¹ Notícia Streck: “A uma, porque no dia do episódio em que outro juiz do trabalho disse que se mudaria para a antiga Rodésia, o ministro, em conferência proferida à tarde, com inteligência e a elegância que lhe é própria, colocou um balde de água fria nesses ímpetos de desobediência civil contra o novo CPC. Disse, claramente, que a fundamentação prevista no Código é condição de possibilidade da democracia: juiz deve priorizar fundamentação em vez da celeridade.” (*Op. cit.*)

Neste particular, desdobram-se duas perspectivas: ou haverá uma evolução quanto ao uso da técnica de ponderação com a natural queda de incidência de decisões arbitrárias ou seguir-se-á o caos que ora está implantado, o que geraria não apenas frustração, mas afetaria o bom funcionamento do sistema processual, eis que a fundamentação agora é ponto nevrálgico, especialmente em relação às técnicas de uniformização.

Vale correr o risco? Sim, pois a bagunça ponderativa chegou num ponto da ladeira onde só há poucos metros a recuar. A ladeira está no fim, enquanto o cume nos espera. Logo, essa é uma boa oportunidade para se debater e aperfeiçoar a técnica de ponderação.

A questão já não é se esta era a melhor opção, pois a decisão já foi tomada. A questão também não é se os juízes aceitarão fazer isso, pois se trata de um dever e como tal a desobediência está sujeita a sanções processuais e extraprocessuais. A questão capital é saber se vamos conseguir trabalhar cooperativa e dialogicamente para dar certo, pois isso depende de uma mudança cultural profunda, quiçá traumática.

Realmente o Direito não é um jogo de dados, mas, *in casu*, é irônico admitir que a sorte está lançada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. **Constitutional Rights, Balancing and Rationality**. Ratio Juris, v.16, n. 2, 2003.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 2 ed. Barcelona: Editorial Ariel, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª edição. São Paulo: Renovar. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Casos difíceis e a criação judicial do Direito**. In Cadernos do Conselho da Justiça Federal. Seminário Teoria da Decisão Judicial. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <
http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf
>. Consultado em 15/05/2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense: 2010, p. 122.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**: a ciência, a sociedade e a cultura emergente. 27 ed. São Paulo: Cultrix, 2001.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução de Sergio Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processo civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

Fundamentação de decisões no novo CPC gera confronto entre advogado e juiz. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mai-26/fundamentacao-decisoes-gera-confronto-entre-advogado-juiz> >. Consultado em 15/05/2016.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004.

GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, dez. 2013, p. 138.

Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao> >. Consultado em 15/05/2016.

KAUFMANN, A; HASSEMER, W. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002.

LIMA, Francisco Gérson Marques de; PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. **O princípio do balanceamento (balancing) ou do contrapeso de valores e bens constitucionalmente**

protegidos. Disponível em: <
http://www.repositorio.ufc.br/ri/bitstream/riufc/12243/1/2007_art_fgmlima.pdf >.

Consultado em 15/05/2016.

MORAES, Fausto Santos. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. Tese de doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. Volume I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**, in *Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988, n. 7.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Da interpretação da lei à interpretação do direito nas decisões judiciais**. In *Cadernos do Conselho da Justiça Federal*. Seminário Teoria da Decisão Judicial. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3.

Projeto de Lei nº 349/2015. Disponível em <
http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=121664>.

Consultado em 06/07/2015.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra Ed. 2002.

Resolução nº 203/2016, do TST. Disponível em: <
<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe> >.

Consultado em 15/05/2016.

STRECK, Lenio Luiz. “Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!” Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>> . Consultado em 05/07/2015.

_____. “O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido?” Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/senso-incomum-quando-juizes-dizem-ncpc-nao-obedecido> > consultado em 03/07/2015.