

O artigo 489, §2º e o “*livre convencimento*” motivado no Código de Processo Civil: *os cânceres fagedênicos do Direito como verdadeiros predadores endógenos.*

Gregory Victor Pinto de Farias¹

Resumo:

É sabido e ressabido que um Código – notoriamente da envergadura do Código de Processo Civil de 2015 – não pode agradar a todos, uma vez que, desde a sua germinação até a sua promulgação/publicação, inimagináveis embates e incontáveis redações devem se apor sobre e sob cada um de seus dispositivos (ou institutos). Sem embargo, o artigo 372 não trouxe consigo um *mysteria fidei*, dado que, em seu bojo, excluiu, expressamente, a expressão “livre”, antes constante como significante para dar significado ao que se chama de *livre convencimento motivado*. Não obstante, a mudança semiótica parece ter ancorado raízes no plano meramente semântico. A primeira parte do escrito se debruçará sobre isso. Em seguida, e a somar como *ponto de estofo* para *a crise epistêmica por que passa o Direito*, tem-se o artigo 489, §2º, o qual parece ter positivado, no Direito Brasileiro, a famigerada tese erroneamente incorporada no Brasil da *teoria da argumentação* de Robert Alexy. É que, no Direito Germânico, o hermeneuta teceu a sua criação no afã de *apequenar* o grau de discricionariedade do Magistrado; do contrário, a importação errônea que se trouxe dela ao Brasil serve justamente para o oposto: *abre-se a porta da famigerada e indevida discricionariedade judicial quando se está diante do que se denomina de “colisão de princípios”, a trazer à ribalta a odiosa figura do solipsismo e suas vulgatas, como a Escola do Direito Livre, o Direito Alternativo, o Pandectismo da Alemanha etc.* Por fim, como tripé da crise do direito, far-se-á breves comentários sobre o que vem a ser *carreirismo*.

¹ O autor do escrito é Defensor Público na Defensoria Pública de Pernambuco e ex-Defensor Público na Defensoria Pública do Paraná (2013 a 2016).

Palavras-Chave:

Livre convencimento motivado. Ponderação. Falência estrutural do Direito.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Carreirismo. 3. O artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil, e sua *importação à brasileira*. 4. À guisa de conclusão. 5. Referências.

1. Introdução.

É inegável que o Direito do Brasil vive hoje o que ele mesmo, Supremo Tribunal Federal, chamou de *estado de coisas* (mais uma *inventionem semântica* que nada diz). Prefiro chamar, como o Professor Lenio Streck costuma fazê-lo, de *crise epistêmica do Direito*. Com efeito, basta ver os noticiários da mídia tupiniquim para se dar conta do que passa o ordenamento jurídico. Em que país – seja uma nação desenvolvida ou em processo de desenvolvimento – nos deparamos, a olhos vistos, como se tudo estivesse dentro do normal, com um Juiz de 1º Grau *descumprindo e cassando* a ordem de um Desembargador Plantonista? O que não dizer, *outrossim*, da politização que o Presidente do Supremo Tribunal Federal faz do seu poder-dever de pôr determinadas questões em pauta? E quem já se viu (no Brasil, sim...) em *prisão ser decretada de ofício no bojo de ordem de Habeas Corpus*?

Deveras, as aberrações são de magnitude tamanha e não são meros casos singulares, senão um ocaso de magnitude global. Se as notícias que são mais veiculadas se atrelam ao que sucede nas Instâncias Superiores, o que dirá – o meu solitário interlocutor – o dia a dia dos militantes e jurisdicionados que atuam nos degraus *a quo*? Ora, se vier a calhar o ditado de que *a educação de casa se leva para a praça*, e tendo como as principais casas da justiça os Tribunais Superiores, o nosso ordenamento jurídico – em que se inclui, evidentemente, a Constituição da República – está exalando seus últimos suspiros...

2. Carreirismo.

Já ousei dizer que o solipsismo é a doença do corpo; o carreirismo é a doença da alma. Essa palavra – carreirismo – significa a degradação do conhecimento por transformá-lo em um *esporte competitivo*². Parece-me, de acordo com a minha experiência prática no mundo vivido e a partir de minhas insistentes leituras, que o Direito, por seus predadores externos (aqui, os seus “intérpretes”), vem sofrendo do mal da vaidade, traduzido, aqui, pela expressão carreirismo.

O que será dito agora deve ser lido com os argumentos abaixo plasmados: não se faz necessário um maior esforço intelectual para se dar conta de que o descumprimento da Constituição da República por atos de solipsismo se dão, via de regra, em razão de posturas narcísicas levadas a efeito pelos seus “exegetas”. Cumprir a Constituição é o anormal; descumpri-la, usando teorias pernósticas e estratégias de retórica aprioristicamente rebuscadas, satisfazem o ego do intérprete e o fazem chegar ao resultado que querem: *qualquer um que seja, a depender do argumento inventado, que esteja a seu favor, mesmo ao arrepio da Lex Matter*.

3. O artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil, e sua *importação à brasileira*.

Tenho convicção – e não meramente suposição – de que a quase totalidade dos operadores do Direito do Brasil não compreendem o significado do termo *ponderação*. Sabem, pois, que a expressão adveio da *teoria da argumentação* de Robert Alexy, engendrada para o Direito Germânico, e que ganhou maior proeminência a partir da tradução do seu livro por Virgílio Afonso da Silva.

Sem embargo, *assim como a paixão de Aquiles por Helena* foi o ponto seminal para a derrocada de Tróia, penso que a *importação desmedida e impensada* da teoria da argumentação de Robert Alexy e o seu uso fenomenológico (*rectius*: ilusório) no Direito Brasileiro perfaz o principal – dos vários – câncer fagedênico que está em vias de

² http://www.defensoria.pe.def.br/defensoria/pdf/porque_o_direito_2.pdf

transmudar o nosso suposto Estado Democrático de Direito em um Estado Catatônico de Anomia – *e parece que nem a figura de Heitor a temos.*

Pois bem.

Trago à ribalta o indigitado §2º do artigo 489 do Código de Processo Civil, *ad litteris*³:

§ 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.

Consigno que o uso da *ponderação*, que já era realizado irrestritamente pelos Poder Judiciário em *Terrae Brasilis*, foi expressamente autorizado pelo aludido dispositivo do Código de Processo Civil – *cuja inconstitucionalidade, pelos argumentos que são inerentes a este próprio artigo, é clara como água de rocha.*

Com efeito, cuida-se de um verdadeiro *ponto nefando* a que está submetida a teoria da decisão judicial brasileira: *ponderação traz consigo, automaticamente, toda a lógica imanente à Escola do Direito Livre, à Jurisprudência dos Valores, ao Pandectismo Alemão e a odiosas práticas discricionárias, arbitrárias, utilitaristas e solipsistas.*

Não é necessário um maior esforço intelectual para se dar conta de que, para se definir a inteligência de um instituto, deve o estudioso perscrutar o momento histórico em que fora criado e a sua destinação. E é isso que, em apertada suma, far-se-á nos parágrafos adiante.

Com efeito, nos idos do ano de 1949 a Alemanha se utilizou da lógica da Jurisprudência dos Valores para tentar dar maior legitimidade à *Grundgesetz* imposta pelos aliados (refiro-me ao período pós-Segunda Guerra). Seguidamente, a Corte Constitucional da Alemanha – *Bundesverfassungsgericht* – recorreu a argumentos que

³ E aqui deixo registrado que a quase totalidade dos livros de Processo Civil vendidos no Brasil que tragam em seu bojo digressões a respeito do assunto não entram – *passam além-mar* – no embate histórico e gnosiológico que ora trago à baila: *falam da ponderação como se fosse qualquer coisa... É: ponderação é ponderação. Basta ponderar (sopesar) e, bingo, chega-se à decisão devidamente motivada (para os incautos: sarcasmo).*

estavam *sobranceiros à estrita legalidade* (pois, repise-se, a *Grundgesetz* não teve a participação democrática dos cidadãos da Alemanha) com o anseio de dar maior *legitimidade nacionalista* às suas decisões.

Nesse apanágio é que reside o busílis da questão e o ponto nevrálgico da *importação à brasileira* da teoria da argumentação de Robert Alexy, tão bem difundida, quanto contestada, por Lenio Streck, cujos argumentos merecem ser literalmente transcritos, dada a didática de que se imbui o jurista (*Verdade e Consenso*, página 80), *ad litteris*:

Aqui parece ficar claro como a ideia de “Constituição como ordem de valores” é literalmente subsumida à teoria alexyana da colisão de princípios, sem se atentar minimamente para os pressupostos lógicos em que se sustentam a teoria do autor. Ora, os princípios são, para Alexy, mandados de otimização e possuem, por isso, uma estrutura alargada de dever-ser. Essa estrutura, que é dada *prima facie*, tensiona os princípios, fazendo-os colidir. A valoração é um momento subsequente – ou seja, posterior à colisão – que incorpora o procedimento da ponderação. O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy elabora sua teoria exatamente para “racionalizar” a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando à estratégia de fundamentação da jurisprudência da valoração.

Continua.

O Direito constitucional, nessa medida, foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, *sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção estrutural regra-princípio e à ponderação* (Alexy) – são desenvolvidas/seguidas diversas teorias/teses por vezes incompatíveis entre si. Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que

é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais”.

A partir da explicação do hermeneuta, vislumbra-se que Robert Alexy trouxe à baila o que denominou de *teoria da argumentação* justamente para trazer de volta uma maior carga axiológica de *legalidade constitucional* aos julgados emanados pela *Bundesverfassungsgericht*, uma vez que, em razão da imposição da *Grundgesetz* pelos aliados, houve uma vitanda sistemática cultural na Alemanha de se fazer uso da Jurisprudência dos Valores.

É de se dizer: a) *se na Alemanha a ponderação, oriunda diretamente da teoria da argumentação, calhou à fiveleta com o escopo de robustecer uma maior legalidade cerrada por parte da Bundesverfassungsgericht em relação à Lei Fundamental da Alemanha, a ultrapassar, por conseguinte, o uso alopoiético de que se fazia da Jurisprudência dos Valores (“diminui-se, portanto, a discricionariedade judicial”); b) no Brasil ela fora “importada” justamente com sentido inverso: sob os auspícios de decretar uma nova ordem de Estado de Direito (o famigerado “neconstitucionalismo”), deu-se feição de princípios/valores a todo e qualquer anseio da Constituição da República, o que trouxe consigo um Poder Judiciário imbuído de poderes irrestritos, a beirar as raias da metafísica, e a nos fazer lembrar do vetusto Poder Moderador (“abre-se a discricionariedade: basta utilizar o termo “ponderação” ou “sopesamento” que qualquer decisão, por mais estapafúrdia que seja, tem-se como motivada).*

Nesse verdadeiro *quid pro quo*, lembro (lamentavelmente, pois) da famosa frase proferida por Carlos Alves de Souza Filho (a qual alguns atribuem, erroneamente, a Charles de Gaulle): *o Brasil não é um país sério...* Isso porque, *petitio principii*, não se pode dar credibilidade intelectual a um lugar em que se importam teorias sem nem saber o desígnio ôntico a que se prestam e sua inteligência ontológica.

O erro do legislador tupiniquim, porém, vai mais além: o mencionado §2º alude à colisão entre normas, o que, numa exegese apriorística, também agasalha entrechoque entre regras – e não somente entre princípios. Logo, ainda que se atenha à pobreza

explicativa de que a *ponderação é utilizada para a solução de conflitos principiológicos*, o artigo vai além: confere-se ao Poder Judiciário uma discricionariedade ultrajante – o “*sopesamento de regras*” (sabe-se que isso é um *contradictio in adjecto*: em caso de conflito de regras, utiliza-se critérios específicos de solução, ou, se for o caso, adentra-se ao plano da validade).

Decerto que Robert Alexy confeccionou a sua tese para que o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha se afastasse da malsinada Jurisprudência dos Valores e que, *com o que denominou de teoria da argumentação*, os julgados germânicos fossem imbuídos de maior legitimidade social e legalidade jurídica.

Não se pode olvidar, todavia, que Alexy soçobrou (*e isso talvez seja o objetivo fáustico da hermenêutica atual*) ao conferir, ainda que minimamente, certo grau de discricionariedade à *Bundesverfassungsgericht*. Ele, Alexy, trouxe em sua teoria, inegavelmente, a *Fórmula Radbruch*, segundo a qual o Direito, ainda que injusto, tem validade jurídica; o Direito extremamente injusto, porém, deixa de ser Direito. O problema é que Alexy não conseguiu diferenciar, precisamente, o injusto do extremamente injusto.

Sem embargo, *contra el salteador, el cuatrero y el ratero hay la acción criminal. Contra el ladrón literário no hay nada y, además, el robado costea el precio de la magnésia para pagar la bñlis que produce el despojo* (Ignacio Manuel Altamirano). E o preço que pagamos e ainda vamos pagar por *plágios distorcidos e contrafações feitas como gambiarras* (refiro-me ao capricho de importar, por carreirismo e pedantismo, teses alienígenas incompatíveis com a gnosiologia do Brasil) são e custarão caros. Reforço: caríssimos ou impagáveis. Afinal, a integridade e coerência – a vida, pois – da Democracia não tem preço.

As consequências já despertaram – *e claras como água de rocha*.

Ao fim dessa *démarche*, ainda é necessária a menção a outro equívoco do legislador: *falasse em “premissas fáticas que fundamentam a decisão”*. A partir de uma interpretação contundente dessa passagem, dá-se a entender que primeiro escolhe a decisão para, *ex post*, fundamentar – é o que Lenio Streck chama de *Efeito Target*. Ora, se se alinham as premissas fáticas antes de fundamentar a decisão, quer-se dizer, pois,

que o julgador, à luz de sua consciência (completamente travestido de comportamento solipsista, portanto), primeiro escolhe a decisão que lhe compeza para, depois, adequá-la *de jure*.

Sobre os malefícios que ainda causam o livre convencimento motivado, explicarei em artigo vindouro, o qual deverá ser lido *vis-à-vis* com o presente escrito.

4. À guisa de conclusão.

Se me apraz despiciendo usar uma verve literária escorreita (como é do meu gosto...) para tratar de um tema que me causa tanta espécie e que custa tão caro ao Brasil. Tema de Direito que, *usando linguajar econômico*, coloca o Brasil em ultrajante situação de *risco Brasil*.

Com efeito, a ortodoxa prática de *realizar importações de teses/teorias alienígenas e aplica-las no e ao Direito brasileiro como se compatíveis fossem* beiram às raias do absurdo a ponto de – em meu sentir – fazer dos seus usurpadores (não os posso chamar [aqueles que as trazem] de autores) verdadeiros *transgressores da ordem, sicofantas do Direito* ou, mais elucidativamente, *estelionatários intelectuais*.

O antes e o depois que o uso da nefanda palavra *ponderação* causou ao Brasil é visível aos que acompanharam esse processo: o *status quo* de insegurança jurídica a que chegou o Direito local atinge a *patamares pinaculares*. O desejável nível epistemológico (ao menos no plano da motivação) das decisões judiciais a que está subjugado o julgador por força do artigo 91, inciso X, da Constituição da República, alcança, *não raras vezes*, verdadeiro grau zero de sentido.

Per summa capita: a *ponderação* virou uma expressão performativa, a qual, ao mesmo tempo, nada e tudo diz. Nada diz quanto ao seu conteúdo; mas tudo diz no tocante ao seu continente. O uso do termo *ponderação* já traz em seu bojo um grau de violência simbólica tamanha que já faz com que se torne justificado, antes mesmo, o que se quer justificar. Ecoa como algo que é insofismável, inconcusso, incontestável. Quem dela se vale tem o poder intransigível da razão. E qualquer decisão que *seja sopesada* certamente

estará em rota de sintonia com os supostos signos de justiça. É a personificação, em uma só frase, do *mito do dado*.

O Brasil está em frangalhos e o Direito anda consigo, bem ao seu lado: *a culpa é de todos (doutrina, faculdades/universidades, professores, estudantes, operadores do Direito etc. etc. etc.)*. Só o conhecimento liberta o homem das mentiras, falcatruas, engodos e demais práticas que apequenam o *ser-aí-no-mundo*. E disso cada vez mais o brasileiro está distante... Repito, consoante já disse alhures: eu não (mais) acredito no Brasil.

6. Referências.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 1*. 19ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva de direito. Volume 1*. Campinas: Bookseller, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva de direito. Volume 2*. Campinas: Bookseller, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva de direito. Volume 3*. Campinas: Bookseller, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva de direito. Volume 4*. Campinas: Bookseller, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte. Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 11ª Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado: 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional. 5ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense: 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Jurisdição. Diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre. Livraria do Advogado: 2017.