

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO  
MESTRADO EM DIREITO

ALEXANDRE LAGOA LOCATELLI

O USO INDISCRIMINADO DA PROPORCIONALIDADE COMO CARÊNCIA DE  
FUNDAMENTAÇÃO: RISCO À DEMOCRACIA

São Paulo  
2021

ALEXANDRE LAGOA LOCATELLI

O USO INDISCRIMINADO DA PROPORCIONALIDADE COMO CARÊNCIA DE  
FUNDAMENTAÇÃO: RISCO À DEMOCRACIA

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós  
Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho -  
UNINOVE, como requisito parcial para a obtenção do grau de  
Mestre em Direito

Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor

São Paulo  
2021

Locatelli, Alexandre Lagoa.

O uso indiscriminado da proporcionalidade como carência de fundamentação: risco à democracia. / Alexandre Lagoa Locatelli. 2021.

137 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2021.

Orientador (a): Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor.

1. Direito constitucional. 2. Legitimidade democrática do poder judiciário. 3. Proporcionalidade. 4. Fundamentação das decisões.

I. Victor, Sérgio Antônio Ferreira. II. Título.

CDU 34

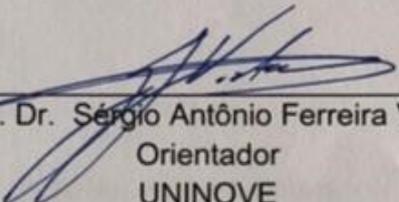
Alexandre Lagoa Locatelli

USO INDISCRIMINADO DA PROPORCIONALIDADE  
COMO CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO: RISCO À  
DEMOCRACIA

Dissertação apresentada ao  
Programa de Mestrado em  
Direito da Universidade Nove  
de Julho como parte das  
exigências para a obtenção do  
título de Mestre em Direito

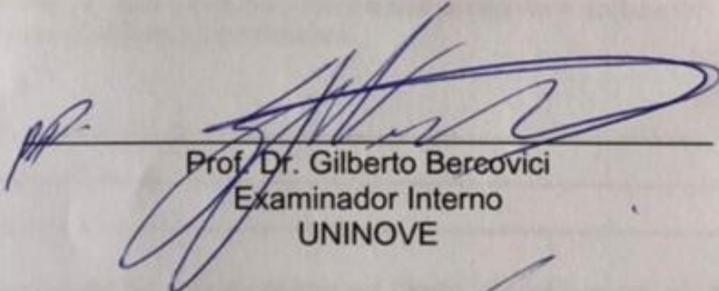
São Paulo, 20 de abril de 2021.

BANCA EXAMINADORA



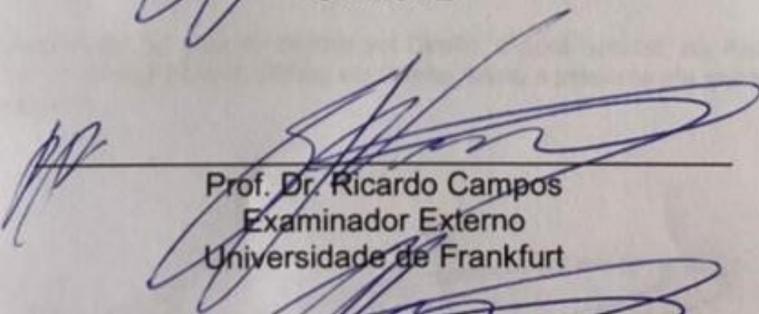
---

Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor  
Orientador  
UNINOVE



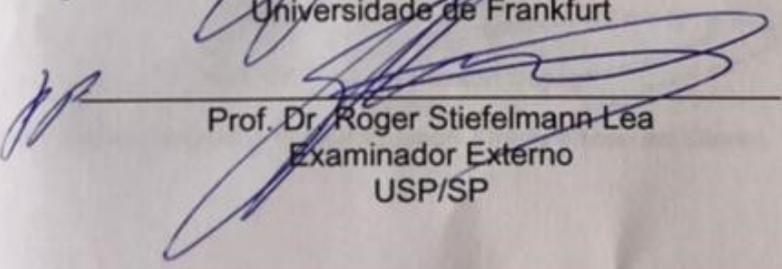
---

Prof. Dr. Gilberto Bereovici  
Examinador Interno  
UNINOVE



---

Prof. Dr. Ricardo Campos  
Examinador Externo  
Universidade de Frankfurt



---

Prof. Dr. Roger Stiefelmann-Lea  
Examinador Externo  
USP/SP

## RESUMO

O presente trabalho, que será desenvolvido pelo método dedutivo, com revisão bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros, pretende discutir o uso imotivado da máxima da proporcionalidade e quais seus eventuais riscos à democracia. Espera-se, como resultado, responder ao problema de pesquisa, se decisões imotivadas, especialmente pelo uso da proporcionalidade de princípios abertos, ferem a separação das funções do poder e quais eventuais riscos. A proporcionalidade é uma técnica frequentemente usada para ponderar princípios, mas muitas vezes é utilizada como mero reforço argumentativo, sem a devida motivação. O objetivo é entender porque isso ocorre, assim como analisar quais suas consequências. O estudo se inicia pelo instituto da democracia, para compreender a importância da separação das funções do poder e sua limitação. Após, será analisada a legitimidade do poder Judiciário e qual a importância da fundamentação para garanti-la. Por fim, se adentrará especificamente na proporcionalidade, entendendo seus requisitos, o cenário de ampliação do uso de princípios e consequente necessidade de os ponderar, bem como verificar se a proporcionalidade é aplicada corretamente pelo Supremo Tribunal Federal. A guisa de resultados, será possível constatar um baixo índice de fundamentação adequada quando da utilização da proporcionalidade, bem como seu perigo, posto que sem ela poderá um magistrado decidir questões de políticas públicas típicas do Legislativo ou Executivo, as vezes contrariamente ao estipulado por leis infraconstitucionais, com base na proporcionalidade. Configura-se, assim, um enorme risco para o arranjo institucional, eis que o Judiciário, que deveria conter o avanço dos outros poderes, está justamente se sobrepujando, invadindo esfera de competência de outro poder e pondo em risco a própria estabilidade democrática.

### **Palavras-chaves:**

Direito Constitucional. Legitimidade democrática do poder judiciário. Proporcionalidade. Fundamentação das decisões.

## ABSTRACT

The present work, which will be developed by the deductive method, with literature review of national and foreign authors, intends to discuss the unmotivated use of proportionality and what are its risks to democracy. It's expected, as a result, to answer the research problem, if unmotivated decisions, especially by the use of proportionality of open principles, hurt the power functions separation and what are the possible risks. Proportionality is a technique often used to pondering principles, but it is often used as a mere argumentative reinforcement, without due motivation. The objective is to understand why this occurs, as well as to analyze its consequences. The study begins with the democracy institute, to understand the importance of the separation of power functions and its limitation. After, the legitimacy of the Judiciary power and the importance of the reasoning to guarantee it will be analyzed. Finally, proportionality will be entered specifically, understanding its requirements, the scenario of the expanding use of principles and the consequent need to pondering them, as well as verifying whether proportionality is correctly applied by the Supremo Tribunal Federal. As results, it will be possible to verify a low index of adequate reasoning when using proportionality, also its danger, since without it a magistrate may decide public policy issues, typical of the Legislative or Executive, sometimes against infraconstitutional laws, based on use of proportionality. Thus, there is an enormous risk for the institutional arrangement, since the Judiciary, which should contain the advance of other powers, is precisely overcoming, invading the competence sphere of another power and endangering the democratic stability.

### **Keywords:**

Constitutional law. Democratic legitimacy of the judiciary. Proportionality. Motivated reasoning

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2 DEMOCRACIA</b> .....	11
<b>2.1 ASPECTOS ATUAIS DA DEMOCRACIA: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS</b> .....	16
<b>2.1.1 Presença de regras pré-definidas</b> .....	17
<b>2.1.2 Liberdade</b> .....	19
<b>2.1.3 Igualdade</b> .....	24
<b>2.2 ASPECTOS POLÍTICOS DA DEMOCRACIA</b> .....	27
<b>2.2.1 Democracia representativa</b> .....	27
<b>2.2.2 Maioria e sua tirania</b> .....	31
<b>2.2.3 Sistema eleitoral</b> .....	34
<b>2.3 A IMPORTÂNCIA DA DEMOCRACIA PARA O PRESENTE ESTUDO</b> .....	36
<b>3 A LEGITIMIDADE NO JUDICIÁRIO</b> .....	39
<b>3.1 DISCUSSÃO A RESPEITO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO</b> .....	39
<b>3.2 A FUNDAMENTAÇÃO COMO LIMITE DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO</b> .....	43
<b>3.3 DUAS GRANDES ESCOLAS FILOSÓFICAS</b> .....	50
<b>3.3.1 O positivismo</b> .....	50
<b>3.3.2 O pós-positivismo e a corrente neoconstitucionalista</b> .....	53
<b>3.4 PRINCÍPIOS E REGRAS</b> .....	56
<b>3.5 ASCENSÃO DO JUDICIÁRIO</b> .....	59
<b>3.6 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO</b> .....	62
<b>3.7 VALORIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS</b> .....	65
<b>3.8 INTERPRETAÇÃO MAIS ABERTA</b> .....	66
<b>3.9 REJEIÇÃO AO FORMALISMO</b> .....	68
<b>3.10 MAIOR SENSO DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO</b> .....	68
<b>4 DA PROPORCIONALIDADE</b> .....	72
<b>4.1 EXPLICANDO A PONDERAÇÃO E A PROPORCIONALIDADE</b> .....	72
<b>4.2 – DA RAZOABILIDADE</b> .....	78
<b>4.3 - DA ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS</b> .....	80
<b>4.3.1 Casos devidamente fundamentados</b> .....	82
<b>4.3.2 Casos sem a devida fundamentação</b> .....	86
<b>4.3.3 Resultados</b> .....	91

<b>4.4 CONSEQUÊNCIAS E CRÍTICAS: OS RISCOS</b> .....	92
<b>4.4.1 Excesso de constitucionalização do direito</b> .....	93
<b>4.4.2 O caráter antidemocrático</b> .....	94
<b>4.4.3 Discricionariedade da decisão</b> .....	98
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	107
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	113
<b>APÊNDICES</b> .....	122

## 1 INTRODUÇÃO

O Judiciário desfruta de um momento de protagonismo ante as demais funções do poder. O descrédito geral do povo brasileiro com a política, somado à maior visibilidade dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal na mídia, elevam o Judiciário a esse novo patamar. É comum, hodiernamente, que os grandes jornais e telejornais tragam notícias de julgamentos e falas de Ministros, disponibilizadas pela TV Justiça.

O nome dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal já faz parte do conhecimento popular e o debate a respeito dos Ministros e seus posicionamentos já não se contém apenas aos bancos acadêmicos, mas ganham as ruas. As frequentes notícias e exposição na mídia tornam esses juízes verdadeiros *players* do jogo político do mais alto escalão.

Importantes e impactantes decisões tomadas pelo Judiciário são as principais manchetes dos jornais, tais quais a interrupção do programa de governo “o Brasil não pode parar”, do início da pandemia da COVID-19, o afastamento de forma monocrática do Governador do Estado do Rio de Janeiro e decisões de juízes singulares interrompendo o funcionamento do aplicativo de celular WhatsApp em todo o território nacional, apenas para citar alguns exemplos.

Inegável que a função de poder reservada ao Judiciário trará casos polêmicos e de grande repercussão, isso é inerente à sua atividade. O que se deve ter cuidado é a extrapolação de sua função.

Nesse sentido, este trabalho investigará quais os limites de atuação do Judiciário, frente a uma hipótese específica: a decisão que utiliza a máxima da proporcionalidade de maneira não fundamentada.

Faz parte do arranjo institucional a separação das funções do poder, evitando o acúmulo por apenas uma pessoa ou um órgão. Ao Judiciário foi incumbido julgar os casos com base na legislação aprovada pelo poder Legislativo, bem como guardar a Constituição Federal, estabelecendo limites aos demais poderes.

No desempenho dessa competência, corre-se o risco de sobrepular sua função, tomando decisões que não seriam suas por natureza, usurpando prerrogativas do Executivo ou do Legislativo, como no caso da criação de uma norma não prevista no ordenamento na ocasião de um julgamento.

No Brasil, os membros do Judiciário não são eleitos. Assim, muito se debate a respeito de sua legitimidade democrática, que só será verificada enquanto as decisões forem tomadas com base nas leis criadas pelo órgão competente, dentro do limite interpretativo.

Nesse cenário que surge a preocupação com a proporcionalidade, uma técnica de ponderação de princípios, em que se facilita ao julgador afastar uma regra e utilizar um princípio. O princípio também é fonte do direito e faz parte do sistema legal, podendo ser usado para embasar decisões; o problema que se investiga, ocorre no fato de se afastar uma lei democraticamente posta, sem a devida fundamentação.

O Judiciário pode, sim, se valer da ponderação para julgar um caso com base em princípio, mas o deve fazer devidamente fundamentado, demonstrando todo raciocínio desenvolvido para se chegar a tal conclusão. Pretende-se, justamente, averiguar se a fundamentação é o modo de se evitar decisões discricionárias por parte do Judiciário e se a decisão imotivada é apta a ferir a separação das funções dos poderes e arranjo institucional.

Assim, o problema de pesquisa está traçado e consiste em verificar se a decisão não fundamentada, que se utiliza da proporcionalidade de maneira vaga, como mero reforço argumentativo, ultrapassa o limite de atuação do Judiciário e quais as consequências de tal procedimento.

O trabalho se enquadra na linha de pesquisa de justiça e paradigma da eficiência, discutindo-se a jurisdição e a atividade judicial, bases essas abordadas nas disciplinas do curso, em especial em Estado, Constituição, Governo e Diálogos Institucionais.

As hipóteses propostas para o problema de pesquisa são que, de fato, se verifica na prática a presença de decisões sem fundamentação que se valem da proporcionalidade; que a princípio, esse expediente pode ocasionar que a decisão ultrapasse os limites de atuação do Judiciário e que tem o condão de romper com o bom funcionamento da limitação entre os poderes.

Utilizando o método dedutivo, através da revisão bibliográfica, se tentará observar a pertinência dessas hipóteses. Ainda, para auxiliar a investigação, também se fará uso de pesquisas qualitativas e quantitativas, auferindo o uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Para melhor compreensão do tema, no primeiro capítulo aborda-se o conceito de democracia. Para que se tenha um correto entendimento do tema, se fará uma recapitulação histórica a partir de Montesquieu, um marco filosófico do tema. Não será negligenciado o pensamento de outros grandes nomes que o influenciaram, como Aristóteles, fazendo-se uma explanação de como sua teoria foi recepcionada e evoluída por Montesquieu.

Entendendo a evolução do instituto, será possível perquirir qual o atual entendimento de democracia, quais suas características intrínsecas e como isso afeta o arranjo institucional de separação das funções do poder.

É necessário compreender o que se entende e se espera de um Estado democrático, quais suas regras, para ter-se a correta noção de qual o espaço que o Judiciário deve ocupar, qual o seu limite de atuação e qual sua importância.

No capítulo seguinte, será abordada a discussão a respeito da legitimidade democrática do Judiciário. Um único juiz ou um colegiado com poucos magistrados tem poder, hoje, para invalidar uma lei do Legislativo, para afastar um governador, para decidir políticas públicas. Se por um lado, essa é justamente a prerrogativa do Judiciário, por outro é preciso tomar cuidado para não usurpar o poder de outra função, legitimamente eleito para tanto.

Assim, quando um juiz invalida uma lei discutida no Legislativo, se debate se teria o Judiciário legitimidade democrática para ir contra a maioria do povo, se ele teria esse papel contra majoritário e até que ponto poderia exercê-lo.

Se estudará, especificamente, a lei e a fundamentação como limite dessa legitimidade democrática do Judiciário.

Nessa ocasião, serão verificados julgados reais, com o fito de separar o que seria uma decisão devidamente fundamentada de outra não fundamentada, para delimitar uma divisória clara entre elas.

Posteriormente, para melhor definir essa linha divisória, examinar-se-á as características gerais de duas grandes escolas filosóficas do direito, quais sejam o positivismo e o pós-positivismo. Ao longo do trabalho será detalhado que sob essas alcunhas tem-se uma diversidade de pensamento, não sendo dois movimentos homogêneos. De qualquer modo, se abordará as principais características gerais dessas escolas. O intuito será observar como elas entendem o direito, como elas respondem à pergunta “o que é o direito” e o que, sob suas óticas, são decisões fundamentadas.

De modo geral, a escola positivista possui um apego maior à literalidade da lei e à segurança jurídica, ao passo que o pós-positivismo inclui o valor na análise jurídica do fato-norma. Mas há que se verificar, na prática, quais as consequências dessa mudança filosófica para a fundamentação das decisões.

O objeto de estudo centra-se mais no neoconstitucionalismo, existente dentro do movimento pós-positivista, razão pela qual essa escola será mais detalhada. Ato contínuo será a vez de explorar a distinção entre regras e princípios, a importância desse último para o fortalecimento do neoconstitucionalismo e sua busca por maior justiça nas decisões. É uma

escola que se vale dos princípios para obter maior margem de interpretação dos casos concretos, buscando, assim, um julgamento que não seja apenas com base no campo da validade das normas, mas também do resultado justo, por meio da ponderação.

Os princípios possuem um destaque especial no neoconstitucionalismo. Com base neles que se leva à constitucionalização das demais matérias, até aquelas de direito privado, assim como se confere maior amplitude para julgar (até contra regras) e é com eles que se buscará o resultado justo.

Por isso, na sequência, será o momento de se adentrar no estudo da proporcionalidade em si, o grande instrumento de aplicação dos princípios, de seu conceito e subelementos, com base na teoria de Alexy.

Dentro desse capítulo, será desenvolvida uma pesquisa própria com base em mais de um ano de aplicação da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal, analisando todos os casos em que houve sua utilização, para verificar se a fundamentação foi feita a contento, entendendo as diferenças de uma decisão bem fundamentada para uma que não comporta essa característica. Com essa pesquisa será possível aferir se o órgão de cúpula do Judiciário aplica a proporcionalidade da maneira correta, com análise exauriente do tema e fundamentação clara e definida.

A pertinência do trabalho será apurada nesse momento; uma vez que se constate que a proporcionalidade não é aplicada como deveria ser em uma quantidade significativa de casos, o resultado do estudo dos riscos desse fato será importante para melhoria do sistema.

Por fim, já partindo para a conclusão, se abordará as consequências e riscos da falta de fundamentação da proporcionalidade.

Em especial, a natureza decisionista ou discricionária da decisão que não fundamenta devidamente a proporcionalidade aplicada, em que o juiz simplesmente pode obter o resultado que queira, à revelia da lei, julgando de acordo com suas convicções pessoais ou até seus interesses escusos (podendo-se falar em parcialidade). Esse tipo de decisão será cotejada com a separação das funções do poder e implicações democráticas.

## 2 DEMOCRACIA

O estudo da democracia remonta até o período clássico da Grécia, sobretudo com a experiência ateniense. Para se chegar à compreensão hodierna do tema, não se pode menosprezar toda a evolução do pensamento histórico e político, perpassando os gregos antigos, Roma, o feudalismo e o absolutismo. Entretanto, para fins do conceito necessário para o presente estudo, não se faz necessária a apresentação de toda a evolução histórica do instituto, sendo possível perquirir com mais detalhes a partir do pensamento de Montesquieu (1689 - 1755), com resgate de alguns autores antecedentes.

Ele escreveu em sua obra “Do espírito das leis”, no livro décimo primeiro, capítulo VI, sob a rubrica “Da constituição da Inglaterra”, sua clássica teoria da separação das funções do poder, no que hoje seria denominado de Legislativo, Executivo e Judiciário.

De fato, no início do referido capítulo ele aponta que existem três tipos de poderes no Estado, o legislativo (que cria as leis), o executivo das coisas que dependem do direito das gentes (que faz guerra ou paz) e o executivo que dependem do direito civil (que castiga os crimes e julga as relações). Esse último também é denominado de poder de julgar (MONTESQUIEU, 1996, p. 167/168).

Vale consignar que, primeiro, John Locke (1632-1704), especialmente com a obra “Segundo tratado sobre o governo civil”, esboça o início da teoria da representação e descreve o poder político dividido entre Poder Legislativo e Executivo (VICTOR, 2015, p. 37), sendo que Montesquieu verifica a divisão em três funções, podendo-se dizer que resgatando também pensamentos de Aristóteles.

Na Grécia antiga já se estudavam as formas de Governo e o historiador Heródoto (485 a.C – 425 a.C), se preocupava em entender qual seria a melhor, conforme seu texto clássico, em que narra uma conversa entre três persas, sendo que cada um defende uma dessas formas.

No texto, Otanes é o primeiro a expor, se opondo à entrega do poder a um único homem (monarquia), já que o governante teria possibilidade de fazer tudo que quisesse, sem prestar contas. Defende ele o governo do povo (democracia), visto que traz igualdade perante à lei. Os cargos seriam decididos por sorteio e as decisões submetidas à assembleia popular. (HERODOTO, 1985, n.p).

Duas características são interessantes nesse primeiro discurso: primeiro que não há distinção sistêmica entre monarquia e tirania, como será feito pelos demais filósofos gregos; segundo que não é utilizado o termo democracia, embora as condições narradas sejam aquelas vivenciadas na democracia Grega. (GALLO, 2013, p.113-118).

Em seguida, quem expõe suas razões é Megabizo, que concorda com Otanes quanto à rejeição ao governo de um único homem, mas discorda quanto a entrega do poder ao povo, visto ser insensato entregá-lo a uma multidão de indolentes, que não sabem o que é o melhor nem para si, muito menos para os demais. Propõe ele que o poder fique com um grupo dos melhores homens (oligarquia), já que se espera deles sempre as melhores decisões.

Por seu turno, Dário concorda que o poder não deve ficar com o povo, mas discorda do governo dos melhores, que poderá gerar divergências entre eles. O preferível, na sua visão, seria o governo de um único homem, o melhor de todos (HERODOTO, 1985, n.p).

A discussão das formas de governo (de um, de alguns e de muitos) é evoluída por Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.), no livro “A Política”, sob a rubrica de “das diversas formas de governo” em que ele melhor as define, fazendo uma separação entre formas puras e degeneradas.

O autor separa as formas de governo como de um, de alguns ou de muitos, tanto para as formas puras quanto para as degeneradas. A diferença entre a pura e a degenerada se dá conforme o governo seja concebido como bom ou ruim. A nomenclatura dessas formas pode ser melhor entendida conforme transcrição de Aristóteles:

Chamamos monarquia o Estado em que o governo que visa a este interesse comum pertence a um só; aristocracia, aquele em que ele é confiado a mais de um, denominação tomada ou do fato de que as poucas pessoas a que o governo é confiado são escolhidas entre as mais honestas, ou de que elas só têm em vista o maior bem do Estado e de seus membros; república, aquele em que a multidão governa para a utilidade pública; este nome também é comum a todos os Estados (ARISTOTELES, [210-], n.p).

Tem-se que nessa tradução foi utilizada a palavra “república” para conceituar o que teríamos por “democracia boa”. Outros textos trazem outras traduções, como por exemplo Norberto Bobbio (2000, p.56), que utiliza o termo “politia”.

Aristóteles mantém essa mesma divisão para as formas degeneradas:

Estas três formas podem degenerar: a monarquia em tirania; a aristocracia em oligarquia; a república em democracia. A tirania não é, de fato, senão a monarquia voltada para a utilidade do monarca; a oligarquia, para a utilidade dos ricos; a democracia, para a utilidade dos pobres. Nenhuma das três se ocupa do interesse público (ARISTOTELES, [210-], n.p).

Então, sua classificação compreende a monarquia como a forma pura do governo de um, e tirania sua degeneração. Para o governo de alguns a forma pura é denominada aristocracia e sua degeneração é a oligarquia. Por seu turno, o governo de muitos pode ser denominado de democracia boa, politia ou até república e a degeneração de democracia ruim.

Interessante observar que Aristóteles entende que a monarquia é a melhor forma de governo e sua degeneração (tirania), a pior (BOBBIO, 2000, p. 57). Assim, o governo de um só, se constituído por um ótimo (justo) governante, garantirá o melhor resultado para a sociedade,

enquanto que, se pelo contrário, esse governo for tirânico, será a pior forma de governo possível.

Outro avanço para a época é a percepção de que existe mais de um tipo de poder. Aristóteles indica a existência de três tipos de poderes: o primeiro é o que delibera sobre os negócios; o segundo é o que executa as atribuições e o terceiro a jurisdição (ARISTÓTELES, [210-], n.p). Aqui se vislumbra a uma ideia inicial de separar as funções do poder, ideia essa que será desenvolvida séculos depois por Locke e Montesquieu.

Com isso, chega-se a Políbio, que nasceu aproximadamente 120 anos após a morte de Aristóteles. A sua classificação mantém a mesma característica de três formas boas e três deturpações.

A novidade em Políbio é a teoria dos ciclos, sua tentativa de explicar as alterações que uma sociedade tem entre as formas de governo.

Para ele, o natural é um primeiro governo de um só, a monarquia. Com o tempo, esse governo se transforma em tirania por caprichos do governante. O povo se revolta, então, para tirar o tirano do poder, instaurando-se a aristocracia, que se degenera em oligarquia com o tempo. Na sequência, o povo se insurge alcançando, pois, a democracia. Novamente, com o tempo ela se deterioraria até a oclocracia (democracia ruim). O passo seguinte seria uma revolução e estabelecimento de um governante único, voltando para a monarquia e, assim, iniciando-se um novo ciclo (BOBBIO, 2000, p. 67). A característica marcante é o apontamento de ciclo, como se essa sequência sempre fosse se repetir. Uma vez que chegasse a última etapa, retornaria à primeira.

Hoje há um horizonte histórico muito maior para se observar, ficando patente que não, necessariamente, as alterações mantêm uma regra preestabelecida e igual para todas as diferentes sociedades. De qualquer modo, no seu contexto, foram válidos os estudos de Políbio para a evolução do pensamento político da humanidade.

Inclusive, nesse sentido, nota-se em sua obra uma defesa de uma espécie de governo misto, equilibrando os poderes dentro da constituição (BOBBIO, 2000, p. 67).

A noção de governo misto e separação de funções, incipientemente introduzidas por Políbio e Aristóteles, seria resgatada por Montesquieu, com o objetivo de assegurar a liberdade dos indivíduos (DALLARI, 1998, n.p), por meio da durabilidade e estabilidade que seria propiciada por um governo em que exista limite e controle do poder, apto a evitar a degeneração e usurpação.

Por isso resgate e aprimoramento desses conceitos não é em vão, ele aponta que não se pode reunir<sup>1</sup> na mesma pessoa ou no mesmo corpo mais de um poder, vez que pode causar opressão ou tirania (MONTESQUIEU, 1996, p. 167/168).

Esse é o ponto chave de sua teoria. Em sua visão, para o Estado funcionar é preciso separar<sup>2</sup> o poder, de modo que um irá frear o outro. Se algum poder incorporar funções de outro, terá um controle muito grande nas atividades do Estado, representando risco.

Montesquieu (1996, p. 171), segue na linha da representação, vez que o povo não é capaz de discutir os assuntos políticos e seria um inconveniente para a democracia. Afasta-se, assim, de qualquer tendência de democracia direta.

Ele ainda separa o Legislativo em duas casas, uma para a nobreza e outra para o povo, que deliberariam em separado. Com isso, uma classe não se intrometeria na outra, não prejudicaria a outra propositadamente (MONTESQUIEU, 1996, p. 172).

O Autor se preocupa, principalmente, que o povo vá, talvez por inveja, prejudicar as regalias da nobreza. De certa forma, ele vê que o povo e a nobreza são duas classes opostas que tendem naturalmente a se chocar. Karl Marx chamará isso de luta de classes.

Essa proposta pode ser interpretada também como uma forma de a nobreza não perder seus privilégios, já que o povo é maioria.

Uma questão muito importante em Montesquieu (1996, p. 174 e 176) é a limitação de um poder em relação ao outro. Cada poder tem o direito de impedir propostas dos outros, inclusive as duas casas do Legislativo entre elas.

Dessa forma, para uma proposta ser aceita, deve ser aprovada nas duas câmaras e pelo Executivo (monarca). Caso uma câmara institua uma regra e a outra rejeite, essa regra não seguirá adiante. Caso as duas aprovem e o Executivo não, a regra também estará barrada. Os poderes se limitam mutuamente.

Adverte Amaral Júnior (2008, p.62) que “a limitação não decorre de uma separação de poderes, mas, sim, insista-se, da comunhão das faculdades de estatuir e de impedir entre diferentes poderes”.

---

<sup>1</sup> Anos mais tarde, Alexander Hamilton, um dos pais fundadores, irá concordar com Montesquieu nos textos intitulados de “O Federalista” (HAMILTON, 1840, p. 156), “que não póde haver liberdade onde o poder de julgar não estiver nem separado do de fazer as lei e do de as executar”, demonstrando clara influência do autor Francês nos movimentos que ocorriam nos Estado Unidos à Época.

<sup>2</sup> Com isso, alguns autores defendem que Montesquieu adere à ideia de governo misto, já defendida por Aristóteles e Políbio (VICTOR, 2015, p. 43). No mesmo sentido, Camargo e Meyer-Pflug (2016, p. 156) atestam que Aristóteles já proclamava a injustiça no exercício do poder por uma só pessoa, mas que o autor não tratou de como deveria funcionar essa separação.

Em outras palavras, a limitação não é uma decorrência clara e natural da separação dos poderes. Os poderes poderiam ser separados e não se limitarem. Montesquieu aponta que, para além da separação, existirá o direito de impedir, direito de veto.

Essa característica de veto trará uma consequência muito clara: “há, isso sim, uma pausa ou uma inação. Seja qual for o problema submetido a “estes três poderes”, por mais grave que seja, somente encontrará solução se acaso houver acordo entre eles” (AMARAL JÚNIOR, 2008, p.63).

Logo, a tendência natural será um Estado com pouca atuação prática. Um Estado liberal, que pouco intervirá na vida diária, tendo em vista a enorme dificuldade de convergir os desejos dos representantes de todos os poderes. Quanto mais se limitar o poder do Estado, mais distante se estará do absolutismo (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 63).

Hoje tem-se por cristalino que muitos Estados adotam ou precisam de um assistencialismo maior, de maior participação do Estado na vida da sociedade, como o caso do Brasil atual. O próprio desenvolvimento foi tornando os Estados mais complexos e com muita necessidade de organização, se afastando “da receita de bolo” política desenhada por Montesquieu. Na atualidade, quem mais se aproximam desse esquema desenhado por Montesquieu são os Estados Unidos (AMARAL JÚNIOR, 2008, p.63).

No que tange ao Executivo, para Montesquieu (1996, p.172), ele é mais bem administrado na mão de uma só pessoa. Nesse sentido, poucos anos após o escrito de Montesquieu emergiu, com mais rigor, a figura do Primeiro-ministro na Inglaterra. Para os países que adotam o presidencialismo, essa função fica a cargo do Presidente.

Na teoria de Montesquieu (1996, p. 175) o Judiciário é colocado um pouco de lado, aparecendo com uma menor importância, em suas palavras: “mas os juízes da nação são apenas, como já se disse, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.”

Necessário tecer algumas ponderações acerca desse arranjo institucional. Ao separar as funções do poder num Executivo composto por uma pessoa, em duas casas do Legislativo (correspondentes a uma câmara alta e a uma câmara baixa) e ao Judiciário, Montesquieu prevê um governo misto (na definição dos gregos antigos).

Esse modelo traçado não é de uma monarquia, aristocracia, tampouco democracia. O modelo seria um misto entre essas formas.

Na realidade, o Executivo seria uma espécie de monarquia dentro do governo. A câmara alta (ou dos nobres), seria uma aproximação da oligarquia, enquanto a câmara dos comuns, da

democracia. Seu arranjo mistura as três formas clássicas de governo em uma só, com freios de uma em relação a outra.

Note-se que Políbio já verificava uma tendência natural à degeneração das formas de governo. A presença de um governo misto, em que um poder freia o outro, pode se apresentar em uma solução para a manutenção dos governos.

De fato, após Montesquieu outros pensadores contribuíram para o aperfeiçoamento deste modelo.

Poucos anos após seu falecimento, os Estados Unidos da América são o primeiro país no mundo a terem uma constituição escrita, fato a ser comungado por quase todas as nações. Na América, por influência dos Estados Unidos, nota-se uma adesão maior ao presidencialismo. Já na Europa, a maioria dos países adotaram o parlamentarismo.

O modelo absolutista dá lugar a um movimento constitucional. A burguesia tem papel de relevo nessa decadência final do absolutismo e início do movimento democrático constitucional, com seu poder econômico e detentor dos meios de produção (BEÇAK, 2011, p. 88), influenciou diretamente essa busca de “segurança jurídica”, que foi atingida pelas constituições<sup>3</sup>.

Destarte, esse é o contexto que se vislumbrou após avanço teórico: o Estado está devidamente constituído; a adoção das constituições são uma realidade (documento jurídico - político); a derrocada do absolutismo e a prevalência do sistema parlamentarista ou presidencialista; o fortalecimento da democracia representativa (não direta).

Com isso, a missão de introdutória histórica está completa. Pode-se dizer que, feita essa apresentação, logra-se partir para o próximo ponto, qual seja, a noção atual de democracia, já nessa fase de universalização do constitucionalismo.

## **2.1 ASPECTOS ATUAIS DA DEMOCRACIA: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS**

Doravante, será realizado um estudo mais detalhado a respeito dos ideais democráticos presentes na sociedade contemporânea, quais os objetivos que se pretende alcançar ao se

---

<sup>3</sup> Nesse sentido Dallari (2010, p. 23) pontua o valor político da constituição, preceituando que “em determinada circunstância histórica o Direito foi forçado a ceder à política” e que, para tanto, era necessário “consagrar num instrumento jurídico – a constituição – os objetivos políticos”, para que eles fossem buscados e alcançados.

adotar uma democracia, quais suas vantagens e importância, bem como uma conceituação do termo.

A despeito dos ensinamentos de diversos autores, serão expostos como principais referenciais teóricos dois autores mais recentes, o cientista político norte-americano Robert Dahl (1915 - 2014) e o filósofo político e jurista italiano Norberto Bobbio (1909 - 2004).

### **2.1.1 Presença de regras pré-definidas**

Tendo por base o que se verificou no capítulo anterior, com o fim do Estado absolutista, em um cenário de contratualismo e constitucionalismo, o primeiro objetivo que a sociedade buscava naquele momento era o fim da tirania e um Estado que garantisse à população a possibilidade de exercer suas atividades comerciais sem tantos óbices e interferências.

O problema fundamental e mais persistente na política talvez seja evitar o domínio autocrático. Em toda a história registrada, incluindo este nosso tempo, líderes movidos por megalomania, paranoia, interesse pessoal, ideologia, nacionalismo, fé religiosa, convicções de superioridade inata, pura emoção ou simples impulso exploraram as excepcionais capacidades de coerção e violência do estado para atender a seus próprios fins. (DAHL, 2001, p.59).

Enquanto o Estado fosse tirânico, os indivíduos não teriam plena liberdade, principalmente para a livre iniciativa e acúmulo de capital, estavam à mercê da vontade do detentor de poder, que a qualquer momento poderia alterar leis, confiscar propriedades, declarar guerras e etc.

A solução encontrada foi a democracia, o estado de direito. Portanto, é preciso investigar quais características a democracia possui para ser apta a fornecer o resultado esperado.

Bobbio (1986, p. 18) diz que a democracia, como um contraponto da autocracia, é caracterizada por um conjunto de regras, que prevê quem irá tomar as decisões e quais os procedimentos para tanto.

Ou seja, enquanto em um regime tirânico o detentor do poder tem a liberalidade de o exercer da forma que melhor entende, na democracia as regras do jogo são previamente conhecidas.

Para que se tenha uma democracia, as regras de funcionamento devem ser preestabelecidas, assim, é preciso estar previsto quais são os procedimentos para se julgar, para se legislar e para executar, bem como a forma pela qual são escolhidas as pessoas que exercerão esses papéis.

Esse é, justamente, um dos significados políticos do termo democracia e contém algo extremamente relevante: a prática especificada na seleção de funcionários e regulação de suas condutas (DEWAY, 1946, p. 82).

Essa seleção engloba eleições para alguns cargos (que merecerá um destaque especial dentro do estudo da democracia) e concurso ou indicação para outros. Abarca também a regulação da conduta desses funcionários, o que eles poderão fazer, como poderão, quais serão seus poderes e, principalmente, quais os freios e limites de suas competências.

Essa é uma característica fundamental, embora ainda preliminar, já que outras deverão ocorrer de forma simultânea, mas para melhor entendimento deve-se enfrentar um atributo por vez.

Ainda, é possível completar afirmando que não importa se essas regras sejam escritas ou consuetudinárias, apenas devem ser vinculatórias (BOBBIO, 1986, p. 18), caso contrário não seriam regras e sim meros conselhos.

A própria expressão Estado de direito, em sentido lato, tem o sentido de que os poderes são conferidos pela lei e exercidos respeitando-a, sempre com base em procedimentos previamente estabelecidos (FERRAJOLI, 2001, p.31).

É fundamental essa vinculação à lei, tanto no que tange à forma quanto ao conteúdo, sob pena de não termos um Estado de direito. Não basta apenas a vinculação às normas previamente estabelecidas, essas normas devem ter sido elaboradas observando certos critérios. Respeitar uma norma instituída unilateralmente por um soberano não é uma condição democrática.

A democracia se mostra, assim, um método político e não um fim em si mesma. Ela depende de um arranjo institucional para se chegar a uma decisão política aceita pelo povo (SCHUMPETER, 1961, n.p.).

Não se pode instituir regras arbitrárias e denominar isso de democracia só pelo fato delas serem observadas. Nem se pode criar regras, respeitando inúmeras condições, mas alterá-las a qualquer momento, por meio da força ou ignorando-as (normalmente isso é intitulado de golpe).

A democracia consiste em um arranjo complexo e frágil de vários requisitos, que precisam estar perfeitamente combinados para sustentar essa estrutura e garantir as condições de organização de governo e de paz social (calcada na segurança jurídica). A falta de qualquer desses requisitos será o fim da ordem democrática.

Será preciso avançar no estudo dos demais requisitos para que o quadro esteja completo, assim chegando a uma definição de democracia.

### 2.1.2 Liberdade

Foi abordada a necessidade de procedimentos prévios os quais não poderiam ser instituídos à revelia da população, uma vez que o povo deveria ter efetiva participação na escolha das regras do jogo. Além disso, se faz imperioso discutir o próximo requisito, qual seja a liberdade de escolha.

A liberdade presente nos ideais democráticos representa uma grande ruptura com a vida de outrora. Antes da democratização e do constitucionalismo, as pessoas eram feitas de escravos, eram vassallos, eram obrigadas a seguir determinada religião, determinados comportamentos, havia um rei absoluto. Não existia liberdade naquela sociedade. Vale considerar que algumas dessas restrições, porém, não foram atingidas no início da democracia (as conquistas humanas são processos, por vezes longos e demorados).

O que importa dizer é que a onda liberal que acompanhou a democratização do mundo causou uma ruptura na ordem vigente, majorando a liberdade. Mais que isso, iniciando um processo de conquistas de novas liberdades. Existe estreita relação entre o pensamento liberal, a crescente democrática e a liberdade.

Inexiste democracia sem liberdade. Essa é uma condição *sine qua non* no momento em que se avaliará se determinada sociedade é democrática ou não.

É preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. (BOBBIO, 1986, p. 20).

A base da democracia está justamente assentada no livre arbítrio dos indivíduos. “O seu fundamento reside na vida do indivíduo, que, frente aos problemas da existência, opta por aquilo que lhe parece o melhor, aquilo que para ele é um bem, sem que precise passar pelo apoio ou pelo crivo da coletividade ou da comunidade” (ROSENFELD, 2010, p. 1).

Abu-El-Haj (2008, p. 162) já apontava essa característica também presente no pensamento de Dewey, identificando que a democracia não se resume às eleições, mas sim ao progressivo aumento da igualdade e das liberdades irrestritas.

Inclusive, ela adquire conotação ampla e diversa. Desde a liberdade de ir e vir, de ter sua opinião, de defendê-la, de escolher sua religião, liberdade de se eleger, de ser eleito e assim por diante.

Numa sociedade democrática, o cidadão deve ter a liberdade de ser empregado ou empreendedor, de não ter seus bens apropriados arbitrariamente pelo Estado. Por seu turno, se o indivíduo quiser trabalhar o mínimo possível para viver sua vida, não deve ser importunado por isso. A família também deve ter ampla escolha na educação dos seus filhos, sem que o Estado imponha ideologia (ROSENFELD, 2010, p. 9-10).

Podem ser incluídas outras liberdades que ganharam força na sociedade nos últimos anos, como a liberdade da família ser composta por pessoas do mesmo sexo. Sem contar a liberdade de não ter filhos, de não casar e etc.

O importante é que se entenda que a liberdade é ampla e que o Estado deve fornecer as condições para que essas liberdades sejam alcançadas, ainda que com luta. É inegável a luta por direitos aos homossexuais e até aos transgêneros. Esses direitos não foram conquistados do dia para noite apenas em razão de o Estado adotar uma democracia, assim como o direito dos negros escravos alcançados somente com anos de luta, o dos trabalhadores, consumidores e etc. A democracia garante essa luta pelos direitos, pelas liberdades das diferentes minorias.

Pode-se, inclusive, mencionar uma frase emblemática que reforça o aspecto da liberdade: “a democracia é, necessariamente, um sistema de direitos, liberdades e oportunidades” (DAHL, 2015, p.127).

Inexiste democracia sem a garantia de direitos, ou pelo menos sem uma estrutura que permita que cada qual busque os direitos que entende possuir. A liberdade de agir é conexas com a garantia de direitos. Sem direitos não haveria liberdades.

É necessário abrir mão de alguns direitos, inegavelmente, para se viver sob o manto do Estado, que impõe regras de condutas aos indivíduos. O Estado tem até a prerrogativa de cercear o direito de ir e vir e até a vida, mas em nome de uma garantia de paz social e de liberdades individuais.

Esse pacto social entre indivíduos e Estado, em que os primeiros abrem mão de algumas liberdades, culmina na obrigação do segundo em impor e cumprir regras que permitam com que o povo tenha paz social, viva uma vida plena em seu sentido humano<sup>4</sup>.

Uma sociedade democrática é uma sociedade que optou (ideologicamente) pela garantia da liberdade de escolha para seus cidadãos. Essa liberdade é um princípio ou um valor cultural daquela sociedade. É uma conquista social meramente arranjada; é bem possível a existência de sociedades que, pelas mais diversas razões, não optaram por essa liberdade. Por conta disso é que se pode dizer que a liberdade é uma consequência da democracia.

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, é válida a leitura da obra “O contrato social” de Jean-Jacques Rousseau (2009), que aponta a teoria dessa organização social.

Logicamente, há que se ponderar que existe um freio quanto à liberdade. Ela não é plena. Para que todos possam ter seus direitos assegurados, necessária se faz a imposição de um limite às liberdades individuais. Essa presença de limite legal não significa ausência de liberdade. Pelo contrário, a imposição de limites é um modo de organização para que todas as pessoas possam ser livres para optarem por tudo que queiram, dentro do limite do razoável (o pacto social).

Nesse sentido, “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder” (MONTESQUIEU, 1996, p. 166). Para o autor, liberdade não é fazer tudo o que se quer fazer e sim poder fazer o que se deve querer. Nota-se importante estabelecimento de parâmetro entre a distinção de se fazer tudo o que se quer para ter a possibilidade de se fazer aquilo que se deva querer. Isso é, em outras palavras, ser o máximo livre possível.

Em alguns casos fica clara a necessidade desses limites: na nossa sociedade não é lícito o homicídio. O ser humano não tem a liberdade de matar, uma vez que não seria razoável para a paz social que tivesse tal liberdade. Myer-Pflug e Carcará (2014, p. 370-395) apontam o mesmo raciocínio para o discurso de ódio. Ultrapassa a liberdade individual a ofensa direta de certos valores superiores de outros, como a sexualidade ou religiosidade.

Talvez seja Karl Popper (1974, p.289-290) quem melhor explique essas questões com o paradoxo da tolerância, em que uma sociedade tolerante não deve tolerar a intolerância, pois quando se estende a tolerância para aqueles que não toleram, os tolerantes terminam por destruídos.

Inevitável a presença de regras que imponham limites. O importante é que tais regras sejam decididas pelo próprio povo, observando o conjunto de ideais democráticos aqui expostos. Cada sociedade decidirá suas normas e mecanismos de alteração. Enquanto elas forem definidas segundo as regras deliberadas e respeitadas pelo povo, se estará diante de uma democracia. Ao longo desse capítulo serão trazidas outras características que devem ser respeitadas para que essas regras possam construir uma sociedade democrática.

De qualquer modo, ainda no que tange à liberdade, uma ponderação de primeira ordem é que ela deve ser real e não mera retórica. A liberdade não pode ser um discurso<sup>5</sup>, ela deve ser buscada hodiernamente. “É difícil, realmente, fazer democracia. É que a democracia, como qualquer sonho, não se faz com palavras desencarnadas, mas com reflexão e prática” (FREIRE, 1997, p. 91).

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, Krastev (2006) escreve interessante texto analisando a situação da Venezuela de Chaves e da Rússia de Putin, que se afirmam democráticos, mas na prática encontramos uma subversão do termo.

A liberdade real é aquela que garante que a população busque por suas opções, sem encontrar limites injustificáveis. Não basta proferir a liberdade, é preciso a sua existência concreta. Por muitos anos o mundo viveu sob a democracia e sob a “liberdade” explorando a escravidão, no entanto esse tipo de limitação de direitos não é mais tolerável.

O próprio Robert Dahl (2015, p. 23-27) aponta elementos antidemocráticos que já vigoraram na constituição dos Estados Unidos da América, como a escravidão, sufrágio restrito de mulheres, negros e índios. Por seu turno, algumas características que ele entende como não democráticas permanecem até hoje, como a representação no Senado de dois senadores por Estado.

Daí a necessidade dessa busca diária, lutando contra pessoas ou instituições que procurem limitar a liberdade (e igualdade), que usem esse termo de forma demagoga, sob falsos pretextos, que procurem enganar o povo. É necessário que existam instituições fortes e respeitadas, mais que isso, é imprescindível a educação e a conscientização da população para que não sejam dominados por quem quer que seja. A falta de educação é um terreno fértil para opressões. Não existe liberdade se a classe política dominante explora o povo<sup>6</sup>. Por mais que perpassse os limites do presente trabalho e que não haja tempo de aprofundar a questão, não se pode deixar de fazer tais ponderações.

Por fim, cabe uma última reflexão a respeito do tema. Robert Dahl defende, ademais, que “apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para as pessoas exercitarem a liberdade de autodeterminação – ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha” (DAHL, 2001, p. 66).

Essa concepção de que apenas a democracia pode atingir a máxima liberdade possui um viés liberal, em que a liberdade seria entendida como a segurança na fruição das relações privadas. Em que liberdade signifique que o Estado possa garantir essa segurança para os cidadãos serem livres para atuarem como bem entenderem (BOBBIO, 2000b, p.8). Liberdade é o Estado não atrapalhar a livre iniciativa das pessoas.

Nessa acepção liberal, liberdade e poder se contrapõem, quanto mais o Estado tem poder, menos os indivíduos têm liberdade. Quanto mais os indivíduos têm liberdade, menos o Estado tem poder (BOBBIO, 2000b, p. 20). Por essa razão que Dahl afirma que a democracia é o modo de se conferir liberdade, já que nesse modelo o poder do Estado estará mais limitado.

---

<sup>6</sup> Novamente pode-se fazer referência ao mesmo texto de Krastev (2006).

Com isso, fica claro que o liberalismo procura que o Estado interfira o mínimo possível na liberdade de exercício de atividade privada. A função que o liberalismo confere ao Estado democrático é justamente de assegurar essa liberdade, mediante limitação do poder.

A vida política e econômica devem ser postas priorizando a iniciativa individual das pessoas, mediante um Estado mínimo e de livre mercado (HELD, 1987, p. 220). Quanto menos poder o Estado tiver, menos irá interferir e, conseqüentemente, mais liberdade de atuação privada as pessoas terão. A função do Estado, nessa visão liberal, é ser um agente protetor “contra a força, o roubo, a fraude, violação de contratos” (HELD, 1987, p. 222) – o que se aproxima do libertarismo.<sup>7</sup>

Claramente nesse viés está se priorizando a liberdade, no sentido econômico, no sentido de autodeterminação individual, em detrimento a outros ideais, como a igualdade.

É essencial esse apontamento da liberdade sob o ponto de vista liberal (não se chegando ao libertarismo), uma vez que o liberalismo possui ampla simbiose com a democracia. O Estado democrático é uma consequência liberal para o fim do absolutismo, foi a resposta encontrada para se formar um Estado em que as pessoas pudessem ter a liberdade de desenvolver seus negócios sem a interferência do Estado. Não se nega sua importância histórica, mas é preciso questionar se, nesse momento, isso basta ou se seria necessária também maior igualdade.

A democracia prega a defesa da liberdade e da igualdade, tratando-se de duas premissas do instituto que caminham de mãos dadas, razão pela qual se passará ao estudo da igualdade no próximo item, onde poderá se verificar suas características, bem como as distinções entre ambas.

---

<sup>7</sup> O libertarismo é uma filosofia que prega pretensão Estado mínimo, em que a própria função fiscal é duramente questionada. Para seus adeptos, o Estado não precisa fornecer saúde e educação, por exemplo, que seriam custeadas com arrecadação de imposto. Isso se configuraria uma intervenção indevida no capital privado, uma vez que o Estado tiraria dinheiro das pessoas (pela cobrança de imposto) para custear programas sociais. Seria preferível que a atividade do Estado, custeado pelos tributos, se detivesse apenas em questões como segurança pública (o que é uma proposta absolutamente estranha, já que investir o dinheiro de todos em questões como segurança pública estará protegendo a propriedade privada. Então todos devem contribuir para proteger a propriedade privada, mesmo os que não tenham nenhuma, mas ninguém deve contribuir para questões humanitárias, como a saúde do povo carente).

### 2.1.3 Igualdade

A igualdade é uma premissa de primordial importância quando se imagina o que seria desejável em termos de democracia.

Todavia, é preciso fazer um balanço entre liberdade e igualdade, já que são valores antitéticos, que se opõem. Não é possível extrair o máximo de um desses valores sem prejudicar o outro.

Se focarmos em uma sociedade totalmente livre, a consequência será termos desigualdade entre as pessoas. Por outro lado, se focarmos em uma sociedade totalmente igualitária, não existirá plena liberdade.

Os teóricos do liberalismo já sabiam disso no desenvolvimento de sua teoria. Eles têm uma ótica focada no indivíduo, na expansão de sua própria personalidade, mesmo que em detrimento de outros. O igualitarismo, diversamente, foca no desenvolvimento da comunidade (BOBBIO, 2000b, p. 39).

Não se está aqui a dizer que a liberdade é um conceito liberal e a igualdade comunista, que o liberalismo abomina a igualdade ou que o comunismo o faz com a liberdade. Ambos os conceitos estão presentes nas duas linhas doutrinárias, com maior ou menor expressão.

Assim, o liberalismo adota a igualdade, mas a igualdade na liberdade, a igualdade perante a lei e de direitos, igualdade nos direitos fundamentais. Não uma igualdade no sentido de que todos devem ser ricos e prósperos e sim uma igualdade no sentido de que todos devem ter liberdade para serem ricos e prósperos (BOBBIO, 2000b, p. 40/41), mesmo que a maioria não consiga ser.

Veja que há uma certa manipulação ou distorção em como se emprega o conceito de igualdade para a corrente liberal. Essa conceituação, no entanto, será a adotada, dentro do estudo de democracia.

Mas não há dúvidas de que o único modo que os liberais conseguiram para conciliar liberdade e igualdade foi mediante o sacrifício parcial da segunda. Em outras palavras, enquanto a liberdade pode ser oponível ao Estado, a igualdade não o pode (BONAVIDES, 2003, p. 215).

A igualdade assume um conceito de igualdade perante a lei, igualdade de ter direitos, mas não de, necessariamente, os desfrutar. Seria uma igualdade em ser livre, nem que essa liberdade torne alguns mais miseráveis do que outros e, conseqüentemente, não tão iguais.

Melhor explicando, seria impossível o liberalismo defender tanto a liberdade sem um certo sacrifício da igualdade, pois é intrínseco ao próprio liberalismo, já que “no que tange à igualdade política, os liberais conceberam-na segundo a fórmula aristotélica de igualdade

proporcional, igualdade diferenciada ou relativa, que faz da própria desigualdade um complemento indispensável, de que não pode prescindir” (BONAVIDES, 2003, p. 215).

É inerente ao sistema termos desigualdades, sobretudo social, ainda que subsista a igualdade de direitos. Nas palavras de Bonavides é indispensável.

Todos gozam do direito de livre iniciativa, de saúde, de educação, mas é inegável que alguns não conseguem exercê-los. Vivemos em uma sociedade desigual, essa é uma afirmação que é possível de se fazer, visto que 48% da população brasileira não tem coleta de esgoto<sup>8</sup>, 1% mais rico da população brasileira ganha 34 vezes mais que 50% dos mais pobres<sup>9</sup>, 750 milhões de pessoas são analfabetas no mundo<sup>10</sup> e 820 milhões são atingidas pela fome no mundo<sup>11</sup>, isso para ficarmos em alguns exemplos.

Tem-se a igualdade proposta pelo Estado liberal (perante a lei), mas não há a igualdade proposta pelo Estado social (de condição entre as pessoas). Essa distinção é extremamente vital de se fazer, vivemos num Estado democrático, com liberdade e com igualdade, se entendermos igualdade no sentido de que todos são iguais e tem os mesmos direitos. Mas há que saber que essa igualdade, na prática, se transformou em uma desigualdade social essencial ao capitalismo, e não se afirma isso como crítica, apenas como constatação da própria teoria liberal. Não que se defenda a plena igualdade, sobrepujando a liberdade, mas se defende sua ampliação.

Nesse cenário, por que se preferiu a liberdade à igualdade no conceito de democracia? Tocqueville (2005, p. 272), um liberal, já afirmava que não havia em sua época uma forma política de favorecer o desenvolvimento de todas as classes. E mais, já percebia que não poderia deixar apenas os ricos fazerem leis ou apenas os pobres, sob pena de exterminar a outra classe. O autor arrematava o pensamento da seguinte forma “qual é, pois, a vantagem da democracia? A vantagem real da democracia não é, como foi dito, favorecer a prosperidade de todos, mas apenas servir ao bem-estar da maioria” (TOCQUEVILLE 2005, p. 272).

Essa, porém, não parece a melhor vantagem para se apontar. Deve-se servir ao bem-estar da maioria, assim como das minorias, buscando a maior pacificação possível da sociedade, bem como as melhores condições de vida para todos.

---

<sup>8</sup> <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/25/brasil-tem-48-da-populacao-sem-coleta-de-esgoto-diz-instituto-trata-brasil>

<sup>9</sup> <https://exame.abril.com.br/economia/1-mais-rico-ganha-34-vezes-mais-do-que-a-metade-mais-pobre-diz-ibge/>

<sup>10</sup> <https://nacoesunidas.org/unesco-750-milhoes-de-jovens-e-adultos-no-mundo-sao-analfabetos/>

<sup>11</sup> <https://news.un.org/pt/story/2019/07/1680101>

Não é o caso do presente trabalho adentrar em questões ideológicas entre capitalismo e socialismo. Deve-se analisar a realidade posta, de uma sociedade capitalista, que privilegiou a liberdade e a igualdade de direitos, ao invés da igualdade social. Inclusive, não privilegiou por ideologia puramente e, sim, por ser consequência natural desse sistema. O objetivo é estudar a igualdade tal qual aceita hoje no contexto de democracia, sendo certo que se concorda com o atual sistema, com ponderações de que, na medida do possível, deve-se buscar maior conciliação entre igualdade e liberdade.

Dito isso, dentro do conceito adotado nesse trabalho para igualdade, necessário se faz tecer alguns questionamentos: “Igualdade entre quem? Igualdade com relação a que coisas?” (BOBBIO, 2000c, p. 300).

E o autor propõe a resposta: a igualdade não pode ser de alguns em algumas coisas, nem de alguns em tudo ou de todos em algumas coisas, a igualdade deve ser de todos em tudo (BOBBIO, 2000c, p. 300). Todos são iguais perante a lei, todos tem igualdade nos direitos fundamentais. Não é porque alguém é mais rico ou mais pobre, branco ou negro, homem ou mulher, de determinada nacionalidade ou outra, com certa religião ou não, que terá mais direitos ou outros direitos. Os direitos de todos são os mesmos. Caso contrário não haveria sentido, uma vez que se adota a igualdade perante à lei (e não social), todos devem ser iguais em tudo.

Não é preciso olhar muito para o passado para perceber-se que nem sempre foi assim. Já houve escravidão de negros e índios, votos censitários ou masculino.

Todos têm, no mínimo, determinados direitos, mas alguns podem ter mais do que outros, caso haja uma desigualdade entre eles, o que se chamará de desigualdade negativa. Ou seja, caso tenham alguma característica que os deixem em desvantagem com os demais, como no caso das pessoas portadoras de deficiência e idosos. O que não se admite é uma desigualdade positiva, alguém achar que tem mais direito por ser melhor que o outro.

Pode-se dizer que, nos países tidos como democráticos hoje, o respeito à igualdade é observado em grau satisfatório. De fato, se não fosse observada essa igualdade eles não poderiam ser considerados democráticos, visto ser este um fator inerente às democracias.

Robert Dahl traz essa igualdade muito para o campo da política, definindo democracia como “um sistema político destinado a cidadãos de um Estado que se disponham a tratar uns aos outros, para fins políticos, como iguais políticos” (DAHL, 2015, p.126).

Essa igualdade política pressupõe que todos, em igualdade, têm o direito de se elegerem aos cargos públicos, de participarem da vida política e de votarem.

Nesse sentido, dentro do seu rol de requisitos necessários para uma democracia ideal, o mesmo autor aponta a igualdade de voto, no sentido de todos terem oportunidades iguais e efetivas de voto e de que os votos devam ser contados igualmente, sem peso maior por educação ou capital (DAHL, 2001, p. 50), é o chamado “uma cabeça um voto”.

E essa igualdade política tem uma razão muito clara para ele: os seres humanos possuem um igual valor intrínseco<sup>12</sup>, todos são iguais, ninguém é superior ao outro, nem seus interesses são mais importantes que de outros (DAHL, 2015, p.126), a consequência é que tenham igualdade de direitos, inclusive na política.

Com esses apontamentos de Dahl, é possível partir para outros tópicos necessários à democracia atinentes ao campo político.

## 2.2 ASPECTOS POLÍTICOS DA DEMOCRACIA

Adentrando nesse campo político proposto no final do último item, é necessário se discutir alguns tópicos fundamentais e indissociáveis. Para efeitos didáticos, serão tratados em separado deles, embora se misturem e se complementem de tal forma que, por vezes, é custoso delimitar a divisória.

Numa analogia, imaginando essa parte política da democracia como um rio, a democracia representativa seria o seu curso principal, enquanto temáticas como maiorias e minorias, sistema eleitoral e sufrágio seriam seus afluentes. Todos juntos formam um sistema único, mas é possível um estudo em apartado para melhor entendimento. Destarte, de início o fluxo principal.

### 2.2.1 Democracia representativa

Em conformidade com o já estudado, infere-se que a Grécia antiga adotava o modelo de democracia direta. Os cidadãos participavam diretamente da vida pública, debatendo e decidindo as questões públicas. Na vida moderna, atual, torna-se impossível tal tarefa, com

---

<sup>12</sup> Mendonça (2012), afirma que, para alguns autores, como Nietzsche, os homens não são iguais, essa ideia deriva das religiões, em que todas as almas são iguais, mas que para o mundo humano não tem concretude, já que os homens são diferentes.

base, principalmente, em dois fatores: espaço e tempo. Imagine-se que todos os brasileiros fossem debater e votar diretamente em um assunto, não teríamos nem tempo hábil, tampouco seria possível a reunião de todos num mesmo local.

Quanto mais cidadãos um país ou Estado tiver, naturalmente, menos eles poderão exercer diretamente o poder e mais terão de delegar a representantes essa função (DAHL, 2001, p. 215).

Essa questão levantada por Dahl não é tão superficial quanto possa parecer. É um tanto óbvio o fato de não conseguirmos reunir todos os brasileiros num único lugar, nem dispormos de tempo para todos terem a palavra, entretanto o ponto por ele levantado vai além. Com a quantidade de pessoas que existem, “se cada habilitante quiser falar com seu congressista levará a mesma eternidade. Ou seja, é difícil a direta participação do povo” (DAHL, 2001, p.122).

Pelo censo de 2010<sup>13</sup> teríamos 190.732.694 pessoas para 513 deputados federais, o que daria, numa média nacional, um deputado para cada 371.798 pessoas.

A democracia direta não pode ser concretizada nesse cenário. A representação política é o único modo de viabilizar a democracia, ainda que com a ressalva de que para muitos a participação será simplesmente o depósito do voto, sem que tenha uma voz efetiva. De qualquer forma, a realidade posta é a democracia representativa (também pode ser sustentado que vigora a democracia semipresencial, que acumula a representatividade com formas diretas de participação, como plebiscito), em que ao invés de todos os cidadãos debaterem e votarem diretamente, elegem-se alguns para representarem os outros.

A expressão ‘democracia representativa’ significa, genericamente, que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade” (BOBBIO, 1986, p. 44).

É constituído um sistema eleitoral e, por meio do voto, as pessoas elegem seus representantes, em cargos e funções previamente estabelecidas. Os arranjos são variados, pode-se optar por diversos sistemas eleitorais, pode-se optar por um sistema de governo presidencialista ou parlamentarista, porém em todos esses casos estamos dentro da definição de democracia representativa.<sup>14</sup>

<sup>13</sup><<https://censo2010.ibge.gov.br/noticiascenso.html?view=noticia&id=3&idnoticia=1766&busca=1&t=censo-2010-populacao-brasil-190-732-694-pessoas>>

<sup>14</sup> Nem todo governo representativo é uma democracia representativa. Se o governo for erguido por meio de um golpe, pode representar parcela da população e decidir por toda ela, mas não será um governo democrático. É necessária a livre escolha dos representantes pelos cidadãos para termos uma democracia representativa.

Insta salientar que, o fato de termos representantes não implica que o poder não seja do povo. A Constituição Federal, no parágrafo único do artigo primeiro, estabelece que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos” (BRASIL, 1988), ou seja, o povo permanece como fonte do poder do Estado, só não o exerce politicamente de maneira direta (salvo em alguns casos, como plebiscitos) e sim por meio de representantes.

Inclusive, pela própria evolução histórica da humanidade, conseguimos depreender como essa ideologia de governo do povo foi um movimento natural. Antes das democracias liberais, vivíamos no manto do absolutismo com o modelo de autoridade divina. O rei exercia o poder por ser escolhido por Deus para tanto. No seio do movimento revolucionário que visou à limitação desse poder do Estado, com o fito de conferir liberdade (sobretudo econômica) à população, a fonte do poder foi transferida de Deus para o povo, portanto, passaria a ser respeitada a vontade do povo ou, em outros termos, o poder soberano do povo (SCHUMPETER, 1961, n.p.).

A democracia representativa se amolda perfeitamente à soberania do povo. Perceba, o principal em um sistema democrático é que o povo (eleitorado) tenha o poder de decidir sobre os assuntos políticos, o fato desse povo selecionar representantes é uma condição secundária (SCHUMPETER, 1961, n.p.). Independentemente se o poder é exercido diretamente ou não, o que importa de fato é que seja exercido pelo povo.

A participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a característica essencial da democracia. Se esta participação se dá por via direta ou indireta, isto é, se existe uma democracia direta ou representativa, trata-se, em ambos os casos, de um processo, um método específico de criar e aplicar a ordem social que constitui a comunidade, que é o critério do sistema político apropriadamente chamado democracia. Não é um conteúdo específico da ordem social na medida em que o processo em questão não constitui em si um conteúdo dessa ordem, isto é, não é regido por essa ordem. O método de criação da ordem é sempre regido pela própria ordem, desde que a mesma seja uma ordem jurídica. (KELSEN, 2000, p.142).

Por conseguinte, o fato de se elegerem representantes não diminui a emanção de poder do povo. Inobstante o exercício seja direto ou indireto, o que tornaria algo não democrático seria a imposição de regras sem a aprovação do povo.

Apenas para fazer um contraponto, alguns advogam contra a democracia representativa (respeitando sempre a historicidade do autor), como é o caso de Rousseau:

A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; ela consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ela é a mesma ou é outra, não há meio-termo. Os deputados do povo, portanto, não são nem podem ser seus representantes, são apenas comissários; nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o Povo em pessoa não ratificou é nula, não é uma lei. O Povo inglês pensa ser livre; está muito enganado, pois só o é durante a eleição dos

membros do parlamento; tão logo estes são eleitos, ele é escravo, é nada. Nos curtos momentos de sua liberdade, o uso que faz dela mostra bem que merece perde-la. (ROUSSEAU, 2009, p.107)

Para o autor não haveria como os representantes (comissários) representarem a vontade do povo, só este poderia representar sua própria vontade. Assim, é possível concluir que hoje, mais de 250 anos depois de sua obra, a democracia representativa (ou até a semidireta) é uma realidade.

De outra banda, outro tópico debatido dentro da problemática da representação, diz respeito ao modo como ela deve ocorrer. Isto é, se uma vez eleitos, os representantes devem obrigatoriamente manter a linha política que os elegeram ou se eles teriam liberdade de tomar decisões contrárias. O mandato é vinculado ou é livre?

O representante é livre para atuar no exercício do cargo para o qual foi eleito, da forma que bem entender, sem vínculo com a proposta que o elegeu. Inexiste vínculo obrigacional para atuar de determinada forma ou defender determinadas ideologias.

Inferese que o representante “não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria” (BOBBIO, 1986, p. 47). O representante deve sempre fazer o melhor para o povo como um todo, mesmo que isso signifique, às vezes, ser contra aquela plataforma que o elegeu.

Nem teria como ser diferente, o representante deve representar os interesses gerais do povo e não interesses específicos de alguns. Seria impossível tal fim sem uma certa liberdade e sem que o mandatário agisse com o discernimento próprio (BOBBIO, 1986, p.46/47).

E mais, o mandato é “livre, porque o representante não está vinculado a seus eleitores, dos quais não recebe instruções, porque, juridicamente, exprime, nos atos de governo, a sua própria vontade”(SILVA, 2000, p. 48).

A decorrência lógica é a ausência da necessidade de justificação de seus atos. O representante até pode fundamentar suas atividades, no intuito eleitoral, mas não tem obrigação. Outrossim, seria impossível que se fizesse de outra forma, já que os motivos que levam o eleitor a votar em determinado candidato são variados, podendo conter falsas premissas (como ser enganado por propagandas eleitorais) e até fatores emotivos (como simplesmente simpatizar com o candidato).

Em suma, uma vez eleito, o candidato representa o povo inteiro e todos os seus interesses. O representante poderá agir com total liberdade, conforme seu próprio critério.

Por essa razão, já advertia Tocqueville (2005, p. 271), que era importante que os eleitos tivessem virtudes e talentos, mas o mais importante seria que eles tivessem os mesmos interesses da massa, porque, caso não tivessem, facilmente poderiam se voltar contra elas.

Interpreta-se, neste momento, a expressão “mesmo interesse”, abarcando dois significados: a) interesse genuíno, e não apenas aquele proclamado mediante propagandas eleitorais; b) que esse interesse não seja exatamente aquilo que o povo quer, mas aquilo que o povo precise, evitando governos demagogos, que em nome de aspirações individuais ponham em risco a vida da população, mediante falsas políticas, desinformação e segregação. Diz-se isso, pois, em alguns casos, o povo pode não saber discernir o que é o melhor para si.

Superado tal ponto, não tem como se falar de representação política sem tocar na temática de maioria e minoria, o que será visto no próximo item.

### **2.2.2 Maioria e sua tirania**

Qualquer organização democrática terá sempre uma maioria e uma minoria, isso é inerente a própria definição de democracia. É impossível que só haja consenso numa população de milhões e milhões de habitantes, portanto há também o dissenso, aquelas pessoas que discordam de uma posição da maioria. A aceitação e não a repreensão a esse dissenso ou minoria é o que classifica o grau de respeito que se existe em uma sociedade (BOBBIO, 1986, p. 61/62).

O governo em uma democracia representativa é eleito pela maioria, mas é necessário respeitar a minoria, evitando-se a tirania da maioria. Inclusive, é de se citar que a minoria também participa do governo, como será analisado junto à questão de sistema eleitoral. Por enquanto, cabe analisar a relação entre esses dois grupos.

Primeiro, é de se acentuar que maioria e minoria não são duas partes engessadas e antagônicas. Em uma sociedade existem diversas maiorias e minorias distintas. De fato, cada tema tem sua maioria e minoria, um mesmo cidadão pode ser parte da maioria no assunto “A” e minoria no assunto “B”. Ainda, as pessoas sempre podem mudar de opinião.

Em 1831, aos 26 anos, o francês Alexis de Tocqueville visitou os Estados Unidos e, dessa visita, surgiu sua obra “A democracia na América”. Nela, o Autor observa uma sociedade que vivia num ambiente político distinto da realidade da Europa e aborda muito a questão da maioria nessa sociedade democrática, com uma ótica de quem vive outra realidade.

Nesse sentido, o Autor compara as leis da aristocracia (que era a realidade na França) com as leis da democracia (realidade nos Estados Unidos) e conclui que as leis democráticas tendem ao bem geral da maioria da população, uma vez que são criadas pela maior parte do povo e, esse povo, nunca criaria leis contra seus interesses. Por outro lado, as leis da aristocracia só privilegiaram a própria aristocracia, logo, não seria vantajosa para o povo. Com isso, ele conclui que as leis democráticas são mais úteis à humanidade do que as leis aristocráticas. Todavia, para ele, terminariam por aí as vantagens da maioria (TOCQUEVILLE, 2005, p. 270). Ou seja, o autor entende que as leis criadas pela maioria são uma vantagem para a sociedade, mas todos os outros aspectos podem ser perigosos.

É preciso analisar essa passagem de Tocqueville respeitando a historicidade, tendo em vista tratar-se de um texto escrito em 1831 e publicado em 1835.

O primeiro aspecto que deve ser relativizado, é que nem sempre a vontade do povo (ou da maior parte dele) é real e definida (SCHUMPETER, 1961, n.p.). De fato, são inúmeras as razões que fazem alguém votar num candidato. Nem todos os votos tem o mesmo motivo, nem todas as pessoas votam de maneira racional, algumas votam por impulso ou paixões. Assim, nem sempre será possível identificar de maneira clara a vontade real da maior parte do povo.

Nesse sentido, Robert Dahl (1991, p. 41) falando a respeito da eleição para Presidente da República, mas que pode ser aplicado também para o Legislativo, corrobora com a teoria de que as pessoas votam por razões diversas, trazendo uma pesquisa realizada nos Estados Unidos, por conta das eleições de 1972, em que nenhum programa do governo foi citado por mais de 21% das pessoas como motivo que o levaram a votar naquele candidato. Ou seja, a plataforma de governo que trouxe mais votos contou apenas com a concordância de 21% da população, numa eleição majoritária.

O que é possível dizer, de fato, é que a maior parte do povo elegeu determinado candidato e que ele, como foi visto, poderá usar do seu discernimento para criar as leis. Como consequência, possivelmente, as leis sejam em favor do povo, mas não necessariamente.

O segundo ponto, ainda dentro da afirmação de Tocqueville, é que a vontade da maioria (se identificável) é só a vontade dessa maioria e não do povo inteiro (SCHUMPETER, 1961, n.p.). Por certo, as leis tendem a ser melhor para a maior parte da população, mas não necessariamente isso é observado na prática. É possível que uma sociedade com maior parcela de pobres, democraticamente, eleja representantes que prefiram fazer uma lei que cobre mais impostos desses pobres do que dos ricos. E, por vezes, é possível que essa parcela pobre da população consinta com tal situação, mesmo sem perceber. Nesse sentido, muitos países,

inclusive o nosso, têm dificuldades em aceitar o imposto sobre grandes fortunas, mesmo sendo pouquíssimas pessoas que tenham grandes fortunas.

Por tais razões não é tão fácil afirmar que as leis da maioria sempre são favoráveis à maioria, mas pode-se afirmar que tendem a isso se comparadas com as leis aristocráticas.

Logicamente, é indissociável a preocupação com o atropelo da maioria. Ou seja, o sistema não pode permitir que, em nome da maioria, sejam criadas leis que prejudiquem deliberadamente as minorias. Repetindo os exemplos já utilizados em outros pontos, se a maioria convencionar que é aceitável a escravidão de negros, não se está em uma democracia só porque foi observada a vontade da maioria. Outros aspectos devem ser igualmente respeitados. O respeito às minorias é o respeito à liberdade e a igualdade, principalmente nos casos em que conceder direitos a essas minorias não tenha nenhuma implicação para a maioria, fora questões ideológicas (como o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou a poligamia).

De fato, é “ímpia e detestável a máxima de que, em matéria de governo, a maioria do povo tem o direito de fazer tudo” (TOCQUEVILLE, 2005, p. 294).

Como dito no início desse tópico, toda democracia terá maioria e minorias, faz parte da sua própria definição, mas imperioso se faz que elas convivam em harmonia. Discordando, mas sem uma sobrepujar a outra. Nesse sentido, será visto que os sistemas eleitorais possuem importância, evitando que apenas a maioria se faça representada.

Entretanto, mesmo que seja possível que as minorias se façam presentes no congresso, por meio do sistema eleitoral proporcional ou mesmo que se façam presentes na composição do governo, por meio de coalizões, é preciso se ater contra a dominação da maioria. Esses mecanismos podem dificultar, mas não conseguem impedir por completo tal ameaça. Nesse sentido, é célebre a frase:

Portanto, quando vejo concederem o direito e a faculdade de fazer tudo a uma força qualquer, seja ela chamada povo ou rei, democracia ou aristocracia, seja ela exercida numa monarquia ou numa república, digo: aí está o germe da tirania; e procuro ir viver sob outras leis (TOCQUEVILLE, 2005, p. 296).

É tirânico viver sob as ordens de um rei, de uma aristocracia ou de uma democracia que só respeite a maioria. Os três modos são igualmente tirânicos, embora por vezes nos esqueçamos que deva haver esse respeito às minorias. O senso comum cristalizou a máxima que basta ser a vontade da maioria para tudo ser aceito, se um presidente foi eleito pela maioria pode fazer o que bem entender já que tem o mandato do povo. Como visto, isso não é verdade.

Tocqueville tinha muita preocupação com a tirania da maioria, dedicando boa quantidade de páginas ao tema e chegando a uma conclusão válida:

Ora, se você admitir que um homem investido da onipotência pode abusar dela contra seus adversários, por que não admite a mesma coisa para uma maioria? Os homens, reunindo-se, mudaram de caráter? Tomaram-se mais pacientes diante dos obstáculos tomando-se mais fortes? (TOCQUEVILLE, 2005, p. 294/295).

A premissa é válida; se os homens em sua individualidade abusam do poder, por que vários homens juntos não podem fazer o mesmo em conluio? O Brasil conta com 513 deputados federais, bastando maioria simples para a aprovação de legislação comum, ou seja, 256 pessoas<sup>15</sup>. É bem possível que essas pessoas juntas abusem do poder, tal qual uma pessoa sozinha o faria.

Por mais que haja a separação de poderes e limitação mútua, não se pode deixar de ter cuidado com eventuais abusos da maioria, especialmente no Legislativo e Executivo.

Passar-se-á, agora, a análise de como o sistema eleitoral pode ajudar a impedir essa tirania da maioria, bem como proceder-se-á ao estudo do voto, fator determinante dentro do conceito de democracia.

### 2.2.3 Sistema eleitoral

Ao se discorrer a respeito de sistema eleitoral, não se pretende adentrar em suas diversas nuances e problematizações, mas apenas naquilo que poderá facilitar o entendimento do problema e hipótese deste estudo.

À vista disso, discorreu-se a respeito da democracia representativa e a formação de maiorias e minorias, além da contenção da tirania da maioria. Nesse contexto, se enquadra a análise de sistema eleitoral. O sistema eleitoral pode ser conceituado como o conjunto de regras que definem como os votos serão convertidos em cadeiras ou mandatos nas eleições, de maneira a propiciar a representação política. Obedecendo às diretrizes do sistema eleitoral, os votos serão computados e os cargos preenchidos por aqueles que venceram as eleições.

O ser humano foi capaz de criar diferentes sistemas eleitorais, cada qual priorizando determinada qualidade. De maneira geral, respeitando suas especificidades, os dois sistemas eleitorais mais utilizados são o majoritário e o proporcional<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Alessandro Soares (2018, p. 269-291) defende que, até normas de participação direta, como as consultas populares, podem ser consideradas uma forma de tirania da maioria, já que ganhará a proposta em uma votação majoritária, sendo que o legislativo possui uma representação proporcional.

<sup>16</sup> Conforme consulta em <<http://aceproject.org/epic-en?question=ES005&f=g>> acesso em 14/04/2020

No sistema majoritário, vence o candidato que obtiver mais votos em determinada região. O sistema é conhecido pela expressão em inglês, que remete à corrida de cavalo “First Past The Post”, traduzido como “o primeiro a cruzar a linha de chegada ganha”.

O sistema majoritário é muito utilizado para votações do Poder Executivo. Nele, opta-se por respeitar a maioria, elegendo o candidato com mais votos. Por consequência, os votos perdedores são desperdiçados, já que não elegem ninguém.

Já o sistema proporcional é mais utilizado para eleições do Legislativo, sempre que tiver mais de uma vaga a ser ocupada. As cadeiras serão ocupadas proporcionalmente ao número de votos de determinado partido. Se um partido teve 60% dos votos deverá ter algo próximo de 60% das cadeiras. Um partido com 5% dos votos terá aproximadamente 5% das cadeiras e assim por diante.

Logo, esse sistema dá vozes às minorias. Uma minoria de 2% da população que talvez nunca consiga vencer uma eleição majoritária poderá ter representantes pelo sistema proporcional.

Assim, o sistema proporcional é um modo de se tentar evitar a tirania da maioria. Claro que ele por conta própria não consegue impedi-la, mas sem dúvida é um modo de promover o debate e aceitar que as minorias, pelo menos, têm espaço para o discurso.

Fato comum a qualquer sistema é o sufrágio. O voto é o verdadeiro exercício democrático na prática. Por meio dele que o povo exerce seu poder, escolhendo as pessoas que o irão representar.

Como dentro dos ideais democráticos as pessoas são iguais em direitos, os votos devem ter o mesmo peso, cada indivíduo deve ter um voto. Não há que se falar em maior peso de voto para quem possuir mais bens ou mais títulos de estudo, as pessoas possuem o mesmo valor intrínseco.

De fato, assim prevê o artigo 14 da Constituição: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos[...]” (BRASIL, 1988).

Já se observou, portanto, que a democracia não se encerra no voto, é possível variadas formas de participação da população no exercício democrático, como os plebiscitos e audiências públicas, mas sem dúvida o voto é o elemento-chave quando falamos em democracia.

Uma sociedade que não estenda o sufrágio a todos não poderá ser definida como democrática. A humanidade já experimentou muita evolução no tema, conquistada sempre com grande esforço, destacando-se movimentos pelo direito de voto das mulheres (no Brasil, o voto feminino teve lugar em 1932, com o Código Eleitoral). Essa exclusão também era recorrente

em outras parcelas da sociedade. Para não se alongar, vale destacar que o voto dos analfabetos, por exemplo, é uma conquista da Constituição Federal de 1988.

Da mesma forma, sociedades que “aceitem” ilegalidades, como o voto de cabresto ou outras fraudes e manipulações eleitorais têm dificuldades em se estabelecerem como verdadeiras democracias.

Dito isso, foi possível salientar os principais pontos relativos à democracia, que impactarão no problema desse trabalho. Necessário, agora, uma junção dessa temática, para melhor visualização.

### 2.3 A IMPORTÂNCIA DA DEMOCRACIA PARA O PRESENTE ESTUDO

Constatou-se, assim, que para superar a concentração dos poderes do absolutismo (que limitava a liberdade), era essencial que o povo detivesse o poder, para conseguir limitá-lo e viver com liberdade.

Com o poder limitado, foi possível construir uma sociedade que garantisse os direitos que aquela burguesia revolucionária (e o próprio povo) julgavam como vitais, em especial a liberdade. Não foi apenas possível construir, mais do que isso, foi possível manter essa liberdade, sem depender das nuances e devaneios de humor de um rei concentrador do poder.

Com o passar dos anos, a sociedade percebeu a importância de lutar por outros direitos, sobretudo a igualdade, culminando em uma sociedade mais justa. Essa sociedade é sustentada por um regime democrático em que o povo elege seus representantes, por meio do sufrágio.

Portanto, estamos diante de um “círculo vicioso/virtuoso”. A sociedade almeja a liberdade e igualdade (paz social), de maneira duradoura. Para tanto, necessita da figura de um Estado para impor e preservar esses direitos. Se esse Estado for governado de maneira tirânica, a paz social não será duradoura, dependendo do tirano. O povo, então, toma o poder e, como fonte dele, elege quem irá exercê-lo, o qual, por sua vez, deverá respeitar regras previamente definidas pelo próprio povo. Com o respeito a essas regras, o poder estará limitado, sem a possibilidade de alguém usurpá-lo. Uma vez limitado, não será possível dismantelar os direitos impostos pelo próprio povo e a sociedade gozará de liberdade e igualdade de maneira duradoura.

Desse modo, é absolutamente imprescindível a limitação do poder, sob pena de se retornar para um ambiente de sua concentração e conseqüente abuso. A forma de alcançá-la será pela

divisão das funções do poder. O poder é uno (emana do povo), mas suas funções são divididas para que haja sua limitação.

No nosso atual arranjo, as funções são divididas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, um controlando e limitando o outro de maneira harmoniosa. Qualquer poder que se sobressaia, tende a desarranjar essa complexa estrutura, colocando-a em risco.

A tripartição segue sendo um termo comumente utilizado, até por ser prático, remetendo aos escritos de Montesquieu, mas outros autores apontam uma evolução com tetrapartição (separando o Executivo entre o rei e Primeiro ministro), um quinto poder (que são os órgãos administrativos, como o Tribunal de Contas e Ministério Público) e até um sexto poder, com o Tribunal Constitucional (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 13-140). Essa visão é apoiada por Bruce Ackerman (2014, p. 14-18), que sustenta que não há necessidade de se ficar preso nos três poderes, visto que hoje a divisão é muito mais complexa do que na época de Montesquieu e por Dantas (2019, p 13), que também entende que não se pode estudar a cidadania em face do Estado apenas na noção (simplista) da tripartição dos Poderes.

Nesse estudo, será analisado um caso específico em que o Judiciário ultrapassa suas verdadeiras funções, não sendo objeto desta investigação o aprofundamento acerca da quantidade de funções do poder. O foco consiste em apurar se o Judiciário invade ou não outra função que não àquela que lhe fora atribuída. Destarte, incumbe ao Judiciário, sem dúvida, o julgamento das contendas da sociedade. Todavia, em algumas ocasiões, ele ultrapassa esse limite atuando como um legislador ou praticando iniciativas de políticas públicas que deveriam ser traçadas pelo Executivo.

Não se olvida que a função de julgamento é árdua. Diversas são as teorias de como os juízes deveriam se portar, se deveriam ser meros repetidores mecânicos da lei ou se teriam uma liberdade criativa para a interpretação das normas. A hermenêutica e a filosofia jurídica tentarão responder essas questões.

Entretanto, é possível afirmar ser imprescindível a completa fundamentação do juiz no momento de julgar um caso, seja qual for a corrente hermenêutica/filosófica que o juiz adote, seja ele um positivista ou não, adote ele a concepção de direito de Dworkin ou de Kelsen.

Não se está discutindo as concepções do direito e sim que uma decisão sem fundamentação é uma decisão que fere os princípios democráticos e a separação das funções do poder. O juiz ultrapassa as linhas do Judiciário e incorre nas funções ou do Executivo ou do Legislativo.

Explica-se, uma decisão fundamentada é uma decisão que aplica o direito e respeita seus limites, enquanto uma decisão não fundamentada poderá ultrapassar os limites do direito, do Judiciário, invadindo funções de outros Poderes. De maneira fundamentada, não seria

possível exercer funções que o direito estabeleceu ao Legislativo ou ao Executivo, mas por meio de “uma canetada” tudo é possível, até uma decisão totalmente contrária à lei.

Dentro desse aspecto, a delimitação de tema do presente trabalho diz respeito ao uso da máxima da proporcionalidade de maneira não fundamentada, como mera retórica.

Não será relevante, portanto, as ocasiões em que o instituto fora utilizado de maneira fundamentada. Por isso, se debruçará nos casos em que a proporcionalidade é invocada, mas não fundamentada, ultrapassando os limites do Judiciário. Essa decisão terá às vezes de um decisionismo do julgador. O julgamento não é feito com base no respeito ao direito e sim através de um juízo de valor, que poderá ultrapassar os limites do próprio Poder Judiciário. Realizada tal explanação, serão estudados, agora, esses institutos.

### 3 A LEGITIMIDADE NO JUDICIÁRIO

#### 3.1 DISCUSSÃO A RESPEITO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

No capítulo anterior foi abordada toda a evolução conceitual da democracia, seus ideais, valores, bem como a decorrente separação das funções dos poderes, com o fito de evitar que se acumule em uma única figura.

Diante desse desenho institucional, Executivo, Legislativo e Judiciário assumem funções essenciais para o regular funcionamento do Estado, sendo certo que no Brasil, o Executivo e o Legislativo são eleitos para tanto. De outra banda, os membros do Judiciário são selecionados por concurso público ou indicação, de modo a se levantar discussão a respeito de sua legitimidade democrática.

Dentro desse trabalho, que visa analisar se o uso (indiscriminado) da proporcionalidade prejudica a legitimidade democrática do Judiciário, não há como não se estudar a própria legitimidade democrática em abstrato, antes de se adentrar nesse aspecto.

Nesse sentido, Torres (2003, p.9) aponta que essa crítica advém da falta de legitimidade eleitoral (representativa), componente essencial nas democracias. Os juízes não são eleitos para ocuparem seus cargos e, mesmo assim, suas decisões podem contrariar a vontade de representantes eleitos pelo povo, como os membros do Legislativo e do Executivo.

Em complemento, Gargarella (1996, p.9), lembra que os juízes (pelo menos das altas Cortes), perfazem um grupo minúsculo de cidadãos e que sua vontade pode prevalecer sobre a autonomia popular sem que passem pelas avaliações periódicas populares (eleições). Ou seja, sua atuação não é revisada de tempo em tempo pelo crivo popular, como acontece com os que ocupam cargos eletivos.

Claramente, existe uma razão para os que defendem que os juízes não devam ser eleitos, tais como evitar política nas decisões ou julgamentos ideológicos que favoreçam uma grande parcela popular que venha a elegê-los novamente (há que se sopesar que o simples fato de juízes não serem eleitos não evita, necessariamente, política no julgamento). Frise-se que não se está aqui discutindo as vantagens ou não do Judiciário não ser eleito, parte-se do fato posto de sua não eleição e análise das consequências para sua legitimidade democrática.

Dentro do arranjo democrático já estudado, o Judiciário tem a função de guardar as leis e a Constituição, inclusive contra o avanço dos outros poderes. O modo de se preservar a democracia é fazendo com que o poder seja controlado e limitado, não sendo usurpado por ninguém.

Dentro dessa prerrogativa, o Judiciário consegue invalidar iniciativas tanto do Executivo quanto do Legislativo, mas ao mesmo passo em que isso pode servir para proteger a democracia, surge a controvérsia de ser o Judiciário democrático ou não, visto que, conforme as críticas apresentadas, seus membros não são eleitos. Um poder constituído por membros não eleitos pode inviabilizar a vontade de outro poder constituído por membros legitimamente eleitos.

Lenio Streck consegue perceber e apontar muito bem essa situação paradoxal, melhor exposta em suas palavras:

Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É, pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contramajoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional, percorrendo diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2008, p.17).

Vê-se, então, que é necessária a atuação do Judiciário para controlar os outros poderes, mas se o fizer de forma muito acentuada, o próprio Judiciário é que estará usurpando o poder e pondo fim à democracia. Para solucionar esse problema, será preciso encontrar e delimitar a linha divisória entre exercer sua função legitimamente e usurpar outras funções. Para fins desse trabalho, a fundamentação da decisão ocupa um papel de relevo nesse limite de atuação.

Por ora, ainda é necessário estudar mais a respeito da legitimidade em abstrato do Judiciário. Já foi apontada aqui a principal crítica, o fato de poucos juízes não eleitos (onze, se pensarmos no STF), conseguirem decidir o rumo da nação, por vezes contra o Presidente da República, que conta com o voto direto de mais de cinquenta milhões de brasileiros.

Para defender essa legitimidade democrática, Barroso (2009, p. 25-26) apresenta duas respostas, uma de natureza normativa e outra de natureza filosófica, que serão agora analisadas:

I)A questão normativa decorre do simples fato de ser previsto em lei competente para tanto, editada de acordo com os trâmites necessários, que o Judiciário teria tal competência (BARROSO, 2009, p.25).

Já foi dito anteriormente que faz parte da democracia a existência de regras preestabelecidas pela vontade popular. O povo decide quais as regras do jogo e elas devem ser cumpridas. Se o povo decidiu que o Judiciário teria essa competência, essa regra deverá ser respeitada.

Por mais que esse argumento possa parecer óbvio, ele carrega consigo uma evolução muito importante no constitucionalismo que culmina com a criação de um Tribunal Constitucional para guardar o texto da lei maior.

No momento em que a Constituição outorga ao Judiciário, por meio de uma Corte Superior, o poder de dar a última palavra a seu respeito, cria-se um novo arranjo nos poderes, não previstos por Montesquieu. Hoje, a Corte Constitucional é uma realidade, mas seu desenho foi objeto de muita evolução humana.

Uma Constituição que não garanta que um órgão (Corte Constitucional) possa anular atos e leis advindos de outros poderes que sejam inconstitucionais, não será obrigatória, não terá força de se fazer valer, a Constituição não passaria de uma carta de desejos (KELSEN, 2003, p.179).

Só a partir de então que se desenha um direito constitucional com instrumentos para garantir sua eficácia própria (SOUZA JÚNIOR, 2002, p.105).

No mesmo caminho entende Ackerman (2009, p.41), aduzindo que só uma Corte Constitucional forte pode garantir essa função de tornar os princípios gerais do Estado em algo ordenado e operacional, freando qualquer possibilidade da maioria parlamentar usurpar da soberania popular por conveniência ou oportunidade.

Ainda defendendo o papel da Corte Constitucional, devidamente normatizado pelo Estado, em respeito às regras democraticamente estabelecidas, Carlos Miguel Herrera (1994, p. 206) escreve que “En última instancia, en la concepción kelseniana, el Tribunal Constitucional tiene una importância política de primer orden: él es la garantía de paz política en el interior del Estado”.

De outra banda, há que se fazer um contraponto, uma vez que os embates causados entre Judiciário e Legislativo, em algumas oportunidades, ao invés de contribuir para o fortalecimento da democracia acabam por perturbar a ordem constitucional (LIMA, 2006, p.189), em especial nas ocasiões em que se ultrapassa os limites de sua função. Para o autor, essas situações abalam os alicerces da democracia, sendo o respeito aos limites algo que se deva observar para que possa existir legitimidade democrática.

O autor vai além, ao expor que nem Kelsen nem Schmitt levaram em conta que o Tribunal Constitucional seria um gerador ou até mesmo parte de um conflito e que esse tipo de situação se agrava com o desenvolvimento dos tribunais constitucionais cada vez mais como um

“policy maker”, figura chave dentro do fenômeno da judicialização da política (LIMA, 2003, p. 207).

II) O segundo argumento trazido por Barroso é a justificativa filosófica:

O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios — não de política — e de razão pública — não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas (BARROSO, 2009, p.25-26).

De maneira, talvez, mais simples, o autor procura trazer o papel contramajoritário do Judiciário como argumento de ordem filosófica para a legitimidade democrática. A maioria, representada no Legislativo e Executivo, não deve prevalecer sempre, sem qualquer critério, como já se discorreu no capítulo em que se tratou da tirania da maioria.

O Exemplo utilizado por Barroso ilustra bem seu argumento, o fato de a maioria querer matar alguém, sem justificativa, não deve ser aceito apenas pelo fato dessa ser a vontade da maioria. Nesse diapasão, o Judiciário teria uma função de interpretar a Constituição e garantir os direitos mínimos ali estabelecidos. Essa é a função que justamente garante a legitimidade do Judiciário.

Na realidade, esse segundo argumento se complementa com o primeiro, vez que os dois juntos trazem a consequência anteriormente examinada de possibilitar ao Judiciário frear avanços ilegais dos outros poderes, garantindo, assim, a separação das funções dos poderes, o equilíbrio social e a própria democracia.

Dito isso, o grande ponto a ser investigado é: qual o limite de atuação do Judiciário, até que ponto ele pode fazer o papel de declarar ilegal algum ato de outro poder e a partir de que ponto o próprio Judiciário estará usurpando o poder e rasgando a Constituição que deveria proteger?

### 3.2 A FUNDAMENTAÇÃO COMO LIMITE DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Pelo exposto até o presente momento, concluiu-se que a limitação de poder é essencial para a manutenção da ordem democrática que, por seu turno, é essencial para assegurar a liberdade e igualdade, conforme o viés liberal do mundo em que se vive.

Nesse diapasão, o modo utilizado para limitação do poder é dividi-lo em funções, sendo que uma, naturalmente, irá limitar a outra. Mas não basta qualquer divisão, muito menos que o modo de contenção seja aleatório, as regras devem ser postas de uma maneira aceita pelo povo e respeitadas, só assim é possível dizer que reina uma ordem democrática. Se essas regras forem impostas à revelia do povo ou forem modificadas conforme à conveniência momentânea, não estaremos em uma democracia, como já visto no primeiro capítulo.

Surge então, para limitar as funções do poder, a difícil situação em que ao Judiciário é atribuída a última palavra a respeito da Constituição (com o fito de evitar abuso do Executivo e Legislativo), havendo ao mesmo tempo uma linha tênue em que ao próprio Judiciário é vedado extrapolar suas funções e abusar do poder.

Intenta-se estudar um pouco mais a respeito desse limite, dessa linha tênue. De fato, não pode o Judiciário adotar qualquer decisão, de modo absolutamente discricionário, assenhorando-se da razão em busca da solução última ao Estado, como se inexistisse o Legislativo e o Executivo, em atitude absolutamente aristotélica.

Se o Executivo tem a espada e o Legislativo a bolsa<sup>17</sup>, o Judiciário tem a caneta e essa também deve ser moderada.

Qual é então o limite de atuação do Judiciário? A resposta é simples, a lei *lato sensu*, devidamente criada por ente competente. O Judiciário tem competência para julgar nos termos da lei, não tendo competência para julgar de maneira aleatória, a seu bel prazer, de maneira inventada, além do legalmente previsto.

Sendo assim, o grande problema é saber se uma decisão está ou não dentro dos parâmetros legais. A resposta dependerá também do modo pelo qual se entende o direito, o que abre a discussão para uma carga mais subjetiva, razão pela qual esse estudo será feito mais adiante. Por ora, necessita-se de um método objetivo para se chegar mais próximo da resposta. Ainda que não se chegue a uma conclusão final, será possível eliminar algumas hipóteses.

---

<sup>17</sup> Expressão alcunhada por Alexander Hamilton no Federalista nº 78 (1840, p. 156).

Sendo assim, o melhor modo de verificar, *a priori*, se uma decisão está ou não dentro dos limites legais é por meio de sua fundamentação. É mediante a fundamentação que o magistrado explica e exterioriza o raciocínio que o levou a concluir de determinada maneira, que embasa sua decisão nas normas jurídicas. Pelas razões de decidir é que é possível verificar, num primeiro momento, se estamos diante de algo puramente subjetivo ou pautado no ordenamento jurídico (aqui o utilizamos como um todo, seja regras ou princípios, já que ambos o compõem).

Portanto, o Judiciário estará dentro de seus limites funcionais sempre que estiver agindo de acordo com a lei e, para aferir se a lei está sendo respeitada, basta nos determos à fundamentação. Logo, ela será o ponto de análise adotada para traçar a linha divisória entre a correta atuação do Judiciário e a sua extrapolação.

A fundamentação, antes de tudo, é uma obrigação legal prevista no Código de Processo Civil, artigos 11 e 489, segundo os quais qualquer julgamento sem fundamentação será passível de nulidade, uma vez que se trata de elemento essencial da sentença (BRASIL, 2005). Não obstante, encontra previsão também no artigo 93 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que estabelece as mesmas diretrizes do artigo 11 do Código de Processo Civil.

Note-se que o presente trabalho não visa à análise processual civil do tema, mas sim a função de arranjo constitucional da separação de funções do poder. Vale notar que mesmo autores processualistas, como Didier Jr ([210-] p.5), presente na comissão que elaborou o novo Código de Processo Civil, chama a atenção para a importância da fundamentação como mecanismo de controle de legitimidade do Judiciário, vez que o poder exercido pelo juiz pertence ao povo e é assim que ele o fiscaliza. A essa função da fundamentação, o autor atribui o nome de exoprocessual ou extraprocessual.

Se o Judiciário só tem competência para agir dentro da lei posta e o modo de verificarmos se ele assim o faz é pela fundamentação, essa função extraprocessual é de importância ímpar. O Judiciário não tem atuação ilimitada e sem freio, na sua atividade é imprescindível o dever de racionalidade, operada pela fundamentação adequada (BRETAS; MATTOS; SCHIER, 2016, p.125).

A fiscalização por meio da razão de decidir é a única forma viável de impedir julgamentos arbitrários, uma vez que a fundamentação é a prova às partes e ao público de que a imparcialidade do juiz foi resguardada, de modo que o julgamento se pauta em lei (COELHO, 2007, p.27), estando dentro do limite de competência da legitimidade democrática do Judiciário.

Por isso, salienta-se que, não se está tratando de qualquer fundamentação, ela não deve ser mera praxe, não serve escrever qualquer argumento a título de fundamentação. Ela deve ser exauriente, analisando com afinco o caso, pacificando o conflito (ABBOUD; ROSSI, 2017, p.112).

Do contrário, os juízes poderiam não decidir de acordo com critérios legais (seja regra ou princípio) e sim com base na sua própria convicção, ao arrepio da lei, o que colocaria tanto a imparcialidade quanto a segurança jurídica em risco (LULIA; PELLICCIARI, 2016, sem paginação), além da possibilidade de o Judiciário começar a fazer simplesmente política e não direito, fato rechaçado por Kelsen (ROIG, 2006, p. 13-14).

A obrigatoriedade da motivação “representa uma garantia fundamental para o jurisdicionado e para a sociedade, que visa impedir o juiz de decidir de modo arbitrário ou caprichoso, impondo-lhe o respeito à ordem jurídica” (SARMENTO, 2003, p.117).

Insta esclarecer que até o momento não se está sustentando que fundamentar é decidir igual a jurisprudência, que fundamentar é decidir com automática subsunção do fato à norma ou decidir de maneira moral, utilizando princípios. Diz-se, apenas, que a decisão deve ser fundamentada no sistema jurídico daquele Estado para garantir que o Judiciário não extrapole suas funções e que respeite a segurança jurídica, pacificando os conflitos.

O controle da fundamentação na decisão de um processo é feito diretamente pelo próprio Judiciário, seja pelo mesmo juiz prolator da decisão em sede em embargos declaratórios (ou eventualmente, reconsideração em uma apelação, por exemplo), seja pelo juízo *ad quem* com a interposição do recurso competente.

Interessante observar como o Judiciário lida com esse tema, mediante um levantamento estatístico feito para verificar a frequência com que é acolhida a tese de ausência de fundamentação da sentença. Utilizando o sistema de buscas de jurisprudências do site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, filtramos os acórdãos publicados entre 01/05/2020 e 31/05/2020, com a presença dos termos “nulidade”, “ausência” e “fundamentação”. Foram encontrados 193 casos com esses critérios<sup>18</sup>.

Optou-se por filtrar com base na data de publicação para se obter julgados recentes, não importando a data de distribuição do feito ou de interposição do recurso. O mês de maio foi escolhido aleatoriamente.

---

<sup>18</sup> Os dados completos da pesquisa, com todos os processos analisados, estão no apêndice A do presente trabalho.

Dos 193 casos, 72<sup>19</sup> foram classificados como prejudicados, uma vez que, em que pese constarem os três termos da pesquisa, não houve o pedido de nulidade da sentença por falta de fundamentação.

Assim, dos 121 casos restantes encontrados com esse termo e julgados em maio de 2020, será investigado em quantos deles o Tribunal anulou a sentença por falta de fundamentação e em quantos deles a tese foi rejeitada.

A divisão foi feita em dois grupos, de tese acolhida e de tese rejeitada. O critério para a separação é a análise da ementa ou do acórdão, para verificar qual o resultado do julgamento. Apenas em dois casos ou 2,42% do total, o Tribunal anulou a sentença por falta de fundamentação. Em 118 casos, o Tribunal entendeu que houve a correta fundamentação, afastando a alegação da parte recorrente. Em um caso, o Tribunal entendeu que houve ausência de fundamentação quanto a um pedido, todavia, na realidade, o juiz singular não analisou esse pedido. Nesse sentido, para efeitos do presente levantamento, entende-se que não é o caso de falta de correta fundamentação, já que o juiz singular não percebeu que existia esse pedido.

O resultado demonstra que em poucos casos há o entendimento de que o juiz não fundamentou devidamente a sentença.

O levantamento feito neste trabalho foi simplesmente quantitativo, não sendo, pois, analisadas as 118 sentenças que não foram anuladas para se verificar em quantas delas realmente houve ausência de fundamentação, mesmo que não acolhida pelo Tribunal, já que fugiria do escopo do presente estudo. Portanto, não se pode afirmar que o Judiciário não tende a aceitar a tese de ausência de fundamentação (uma vez que o Tribunal pode ter acertado no julgamento desses 118 casos), mas se constata que é difícil para o recorrente conseguir anular uma sentença consubstanciada na falta de fundamentação.

Vale verificar, individualmente, os dois casos em que foram anuladas as sentenças para ilustrar o que o Tribunal julga ser uma decisão sem fundamentação.

Em um julgado (BRASIL, 2020), a sentença foi anulada duas vezes, a primeira por cerceamento de defesa. Após o laudo pericial, a parte requereu esclarecimentos, mas o juiz ignorou o pedido e julgou o feito. A sentença foi anulada e o processo retornou. Finalizada a prova pericial, o processo foi sentenciado novamente, mas dessa vez sem a justa fundamentação, segundo o Tribunal de Justiça. Esses são os termos da decisão:

Analisando o conteúdo probatório produzido nos autos, verifica-se que o perito do juízo concluiu: "o cálculo do requerido não corresponde ao determinado pela

---

<sup>19</sup> A lista dos casos prejudicados está detalhada no apêndice A.

sentença judicial" fls. 336. De outro turno, apurou que o valor corrigido conforme a decisão judicial e atualizado corresponde ao montante de R\$ 64.673,24 (fls. 337). Como se vê, de rigor o reconhecimento do excesso de execução, devendo esta ser fixada no montante de R\$ 64.673,24. Posto isso, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES (BRASIL, 2020, p. 561).

Por seu turno, assim o Tribunal justificou a ausência de fundamentação:

Não foi analisado o laudo divergente ofertado pela apelante, frontalmente discordante do trabalho pericial oficial. Competia ao d. juízo a quo, ainda que de forma sucinta, indicar as razões pelas quais afastou a impugnação técnica ofertada pela apelante. O mero acolhimento das conclusões do laudo pericial oficial, sem menção alguma às razões que levaram à rejeição da impugnação técnica apresentada, equivale à ausência de fundamentação. Cabia à d. magistrada a quo enfrentar, repita-se, ainda que de modo conciso, os argumentos deduzidos pela apelante. Como não procedeu desse forma, ou seja, não afastou suficientemente as impugnações lançadas contra o trabalho pericial oficial, incorreu na ausência de fundamentação, de modo a tornar nula a r. sentença. Note-se que o acolhimento do trabalho pericial como razão de decidir, não justifica a omissão no enfrentamento da matéria debatida nos autos, ainda que de que forma sucinta (BRASIL, 2020, p.601-602).

O Tribunal entendeu que se o juiz afastou o laudo divergente, deveria demonstrar a razão de afastá-lo. O simples fato de embasar a decisão em um laudo, um artigo, um julgado ou em um princípio não é fundamentação. É preciso explicar o raciocínio que levou o magistrado a chegar àquela conclusão, sob pena de uma decisão discricionária.

O outro caso em que houve a nulidade da sentença por ausência de fundamentação é o processo número 1024031-74.2016.8.26.0562 (BRASIL, 2020a). Nele, o processo foi extinto sem julgamento do mérito, entendendo o juiz que o autor pretendia executar sentença de um processo coletivo. Mas, nos termos do acórdão “Tal conclusão, todavia, com a devida vênia, se funda em mera suposição e não encontra guarida na exposição fática e jurídica trazida na inicial” (BRASIL, 2020a, p. 290). Segundo se verificou pelo Tribunal, o autor não buscava executar uma sentença de ação coletiva e sim havia ingressado com uma ação de conhecimento, sendo que o fundamento da sentença para a extinção do mérito não tinha nenhuma relação com a tese autoral, motivo pelo qual o Tribunal entendeu que a sentença deveria ser anulada para que fosse proferida nova decisão, essa sim devidamente fundamentada – em outros termos, uma fundamentação coerente com as alegações trazidas pelo autor.

Ainda, pode-se apresentar outro caso em que a sentença foi considerada ausente de fundamentação, fora da pesquisa previamente exposta. Trata-se do processo 1016506-64.2018.8.26.0564, em trâmite perante a 09ª Vara Cível do Foro de São Bernardo do Campo (BRASIL, 2020b), que possui uma singularidade interessante, já que o próprio juiz que sentenciou o feito modificou a sentença após embargos declaratórios. Para melhor entender o caso, vale trazer a íntegra da sentença anulada:

Vistos. Trata-se de Impugnação de Crédito crédito quirografário oriundo de contrato de compra e venda de móveis planejados, reconhecido pela falida no montante de R\$ 3960,00. O valor pleiteado pela habilitante é de R\$9401,82. Intimada a comprovar os pagamentos e apresentar cópias das microfilmagens dos cheques para instruir o parecer contábil, a impugnante trouxe os documentos de fls. 56/61. Apresentado extrato contábil pelo perito contador (fls. 66/69 e 80/81), foi apontado crédito no valor de R\$3819,38. Diante da manifestação do Administrador Judicial (fls. 64/69 e 80/81), bem como o parecer do representante do Ministério Público (fls. 85), que adoto como razões para decidir, determino a inclusão do crédito de Ana Paula dos Santos, no valor de R\$3819,38, como quirografário, no quadro geral de credores de Italian Comercio de Móveis Ltda Me. Transitada em julgado, traslade-se cópia desta para os autos principais, certificando-se. Após, arquivem-se os autos. Ciência ao MP.P. R. I. (BRASIL, 2020b, p.86)

Irresignada, a parte opôs embargos de declaração questionando a ausência de fundamentação.

Entre outros argumentos da peça, a autora sustentava que havia juntado cheques, sendo que se o juiz não os considerou, deveria explicar suas razões.

O juiz acolheu os embargos e modificou o texto da sentença, para ficar dessa forma:

"Trata-se de Impugnação de Crédito crédito quirografário oriundo de contrato de compra e venda de móveis planejados, reconhecido pela falida no montante de R\$ 3960,00. O valor pleiteado pela habilitante é de R\$9401,82. Intimada a comprovar os pagamentos e apresentar cópias das microfilmagens dos cheques para instruir o parecer contábil, a impugnante trouxe os documentos de fls. 56/61. Apresentado extrato contábil pelo perito contador (fls. 66/69 e 80/81), foi apontado crédito no valor de R\$3819,38. É o relatório. DECIDO. Inicialmente, a falida reconheceu o crédito da impugnante no valor de R\$ 3960,00. A autora pretende que o crédito seja habilitado no valor das parcelas pagas do contrato, R\$ 9401,82. Para elaboração do parecer técnico com finalidade de apuração do crédito da autora, o perito contador, a fls. 50/51, requereu a comprovação da "integralidade do valor pago, desde o desembolso, a ou a microfilmagem dos cheques." A impugnante apresentou os documentos de fls. 56/61. O perito contador destacou que alguns cheques não constamdo extrato bancário (cheques nº 41,70 e 43, conforme fls. 68), pelo que o Administrador Judicial opinou pelo reconhecimento do crédito no valor de R\$3960,00, correspondente ao valor dos desembolsos comprovados pela habilitante. Sem a devida demonstração da compensação dos cheques de nº 41, 70 e 43, nos valores de R\$ 1100,00 cada um, o valor que comprovadamente foi desembolsado pela impugnante corresponde a somatória dos valores dos cheques nº44, no valor de R\$ 1100,00, compensado em 10/11/2017 (fls. 59); nº 45, no valor de R\$ 1100,00, compensado em 11/12/2017 (fls. 60); e nº46, no valor de R\$ 1100,00, compensado em 10/01/2018 (fls. 61), devidamente atualizado, cujo valor apontado pelo perito contador, que não foi impugnado, totaliza R\$ 3960,00. Quanto aos cheques de nº 41, 70 e 43 não há demonstração da compensação. Sem comprovação do efetivo desembolso, não se fundamenta a pretensão de restituição do valor. Diante da manifestação do Administrador Judicial (fls. 64/69 e 80/81), bem como o parecer do representante do Ministério Público (fls. 85), que adoto como razões para decidir, determino a inclusão do crédito de Ana Paula dos Santos, no valor de R\$3819,38, como quirografário, no quadro geral de credores de Italian Comercio de Móveis Ltda Me. Transitada em julgado, traslade-se cópia desta para os autos principais, certificando-se. Após, arquivem-se os autos. Ciência ao MP.P. R. I." (BRASIL, 2020b, p. 93-94)

Assim, fica possível cotejar duas sentenças do mesmo caso, uma fundamentada e outra não. É notória a diferença, o modo como a sentença fundamentada enfrenta a questão e explica a conclusão do magistrado não põe dúvidas às suas razões, enquanto a primeira se reveste de

discricionariedade, não sendo possível sequer saber se o juiz de fato analisou o processo como deveria.

Uma sentença sem motivação poderá levantar dúvidas até da integridade do julgador e de sua imparcialidade. Se a decisão não tiver fundamentação, dará campo para a parte e para a sociedade entenderem que o magistrado queria aquele resultado (e não que a lei apontou para aquele resultado).

Entre outras razões, por isso que se diz que a fundamentação não deve ser feita após o juiz chegar à sua conclusão, como modo de legitimar a decisão (que foi tomada por razões diversas das expostas) (SARMENTO, 2003, p. 120). A motivação é o caminho para se chegar a uma conclusão e não um enfeite realizado posteriormente para cumprir um requisito.

Nota-se que a fundamentação é o mecanismo pelo qual as partes do processo, os advogados e toda a sociedade verificam o trabalho do julgador, verificam se a lei está sendo respeitada ou se a decisão tomada é puramente subjetiva e, por consequência, um risco para a segurança jurídica e democracia. Por essa razão é que se exige a fundamentação, caso contrário bastaria que o juiz lançasse o dispositivo de sua sentença, sem explicar como chegou àquela conclusão.

Outra discussão que cabe é se determinada decisão que se valeu de uma aplicação literal da lei, da jurisprudência ou de um princípio, é aceita como fundamentação apta a respeitar os limites do Judiciário. Essa outra resposta é muito mais complexa e envolve a visão a respeito do que é o direito, conforme a escola filosófica a qual se situa o jurista.

Desse modo, a discussão deve ir além. Já se sedimentou que a decisão precisa ser fundamentada. Agora é necessário ver em que ocasiões ela de fato estará embasada e em quais ela não estará. Até que ponto pode-se dizer que uma fundamentação está pautada em lei ou não, uma vez que muitas leis possuem um caráter aberto? Uma decisão que se apega à literalidade da lei e chega a uma conclusão injusta é válida para estabelecer o limite do Judiciário? E uma decisão que aplica um princípio geral contra uma disposição expressa da lei?

Logo, essa discussão não será pela definição do termo “fundamentação” ou do termo “lei” e sim de uma discussão do direito em si.

Na conjuntura da busca por essas respostas depara-se com as duas grandes escolas dos séculos XX e XXI, o positivismo e o pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo). O modo como essas escolas entendem o direito, é apto para extrair decisões fundamentadas que respeitem a separação das funções do poder ou em algum caso a decisão será puramente arbitrária, pondo a democracia em risco? É essa indagação que será explorada na sequência.

### 3.3 DUAS GRANDES ESCOLAS FILOSÓFICAS

#### 3.3.1 O positivismo

Como visto no item antecedente, foi estabelecido ser essencial que o Judiciário respeite a limitação de sua competência, não interferindo na esfera dos demais poderes, preservando o pacto democraticamente estabelecido. Para tanto, o modo de aferir se esse limite é respeitado ocorre com a análise da fundamentação da decisão judicial.

Nesse momento, será melhor estudada uma especificidade dessa fundamentação, visto que, hodiernamente, muito se utiliza a proporcionalidade, uma técnica de ponderação de princípios típica da escola neoconstitucionalista. Para se chegar ao entendimento do que é a proporcionalidade e se ela fere ou respeita a fundamentação, é preciso entender o neoconstitucionalismo, sendo certo que o modo de o entender é por meio de uma evolução histórica, iniciando-se no movimento imediatamente anterior, verificando como era a filosofia do direito até então (positivismo) e qual foi a “revolução”, quais os paradigmas que se queriam superar, apto a ensejar o neoconstitucionalismo. Em paralelo, também se estudará como a doutrina positivista entende que deve ser a fundamentação adequada de uma decisão. Por certo, nosso intuito não será uma análise detalhada de todo movimento e sim o estudo necessário para a compreensão de sua motivação ideológica e a passagem ao pós-positivismo. Vale dizer que ao se citar positivismo jurídico estar-se-á utilizando o termo *lato sensu*, ciente de sua imprecisão. De fato, “la expresión positivismo jurídico suele usarse con una certa imprecisión para designar tesis a propósito del Derecho no sólo heterogéneas, sino abiertamente contradictorias” (SANCHIS, 2000, p.161). Denomina-se, aqui, de positivismo, todo o movimento da filosofia do direito que se albergou dessa alcunha, a despeito do fato de não ser uma teoria única e homogênea. Assim se faz porque nesse momento do trabalho mais importam as características comuns que serão apresentadas da filosofia positivista, do que suas especificações.

Destarte, na origem do positivismo, em sua visão clássica, vislumbrava-se o direito como “um sistema pleno, sem lacunas e autônomo, dentro do qual não há espaço para juízos de valor, morais ou políticos (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 134). Vale notar a historicidade da passagem, que revela uma visão extremista do direito, não presente em toda a corrente jus positivista.

Lenio Streck (2010, p. 170), tenta explicar essa evolução do positivismo distinguindo o que ele chama de positivismo exegético do positivismo normativista. O primeiro seria uma forma primitiva, que separava direito e moral e tinha enorme preocupação com a proibição do juiz interpretar (fora do estrito texto da lei).

Esse momento inicial do positivismo, mais rígido, vem num contexto de superação do direito natural, pós revolução francesa, com uma perspectiva de separação das funções do poder, com primazia do Legislativo para criação de leis e um Judiciário que respeitasse essa competência, como forma de conter eventual abuso do poder (RAMOS, 2015 n.p). Já o segundo momento do positivismo não se preocupava muito com o modo como os juízes decidiam e sim com as condições de validade das normas jurídicas (STRECK, 2010, p. 170).

Já para Paulson (2011, p.103-104), a distinção está entre positivismo inclusivo e positivismo exclusivo. Enquanto no primeiro é possível que haja ou não uma sobreposição entre o direito e moral, no segundo inexistente a possibilidade dessa sobreposição necessária.

O jurista Hans Kelsen surge nesse segundo momento do positivismo (STRECK, 2010, p. 160-161), no qual o presente trabalho irá se ater mais. Para ele, não importa ao direito que a norma seja boa ou ruim, mas sim se é válida ou inválida (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 136). Para saber se determinada norma deve ser aplicada ao caso concreto, basta observar sua validade, não importando o caráter subjetivo da norma, se boa ou não, se justa ou injusta. O que faz determinada norma ser aplicável é a sua validade.

Fica nítido que para o austríaco, a validade independe da concordância com algum sistema moral (KELSEN, 1999, 47), uma vez que inexistente um sistema moral absoluto, único para todos.

A discussão entre moral e direito é presente no juspositivismo (tendo, inclusive, um capítulo próprio no livro “Teoria pura do direito”, de Kelsen), motivo pelo qual serão feitos alguns comentários sobre a questão. Explica o autor que:

Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se naquilo que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no como elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando - como já mostramos - se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física (KELSEN, 1999, p. 44).

O trecho sintetiza a percepção de Kelsen, ao demonstrar que a diferença entre moral e direito não está naquilo que elas permitem ou proíbem. O direito e a moral podem permitir ou proibir a mesma coisa, essa não é a sua diferença; esta reside, na verdade, na sua prescrição, sendo

que no direito existe uma coação para se fazer valer. Se uma norma proíbe a conduta “a” outra norma punirá quem infringi-la. É possível que “a” seja cometida, isso não afasta o direito, mas essa conduta terá uma sanção.

De outra banda, as normas morais não preveem qualquer tipo de coação ou sanção para fazer valê-las, exigindo apenas a consciência subjetiva do agente.

Essa passagem também demonstra que para Kelsen não existe uma separação total e obrigatória do direito e moral, a sua teoria é mais sofisticada.

De fato, Kelsen (1999, p. 45) sustenta que, enxergando-se que o direito constitui um valor moral ou que tem uma essência moral, como se com isso quisesse dizer que o direito fosse uma parte da ordem moral, a consequência seria que ele é justo. O problema ocorre na medida em que não existe apenas uma moral absoluta e válida para todos.

Logo, não existindo uma única moral válida para todos, não se pode sustentar que a moral seja parte do conteúdo do direito. Essa alternativa nem seria possível, já que o bom e o mau, o justo e o injusto, mudam de tempos em tempos, povos para povos ou pessoas para pessoas. Caso se afirme que determinada norma, para estar no campo do direito, deve ter um conteúdo moral, essa moral deve ser aceita por todos, o que é impossível. Então, a moral não faz parte obrigatoriamente do conteúdo do direito. (Kelsen, 1999, p.46). Pode até fazer em algum caso, mas não precisa.

Esclarecendo, isso não significa que não exista “valor” no direito, apenas que esses valores são relativos, razão pela qual não existe uma justiça absoluta, um direito sempre justo e que “os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos” (KELSEN, 1999, p.47/48).

Ressalte-se que essa relatividade também não significa que o direito não guarde relação com a moral, “significa, sim, que apesar de haver valores morais e haver Justiça no ordenamento positivo, a validade de uma determinada ordem jurídica independe de sua concordância com um sistema Moral eleito, absoluto” (OLIVA, 2011, p.11).

O ciclo do pensamento do autor se fecha nesse momento. Para uma norma ser aplicável deve ser válida, não necessariamente ser justa. Não precisa ser justa, pois senão todas as normas deveriam ser justas e isso é impossível, uma vez que não existe um conceito final de justiça ou moral (isso não significa que não possa ser justa, eventualmente o será). O grande ponto é que para ser aplicável e ser direito não precisa ser moral, não precisa concordar com um senso de justiça, precisa somente ser válida (instituída por órgão competente, respeitando as regras

de criação da lei – a Constituição seria a norma superior, que daria legitimidade para se criar o Legislativo com competência para criação de normas).

Em outras palavras, algumas normas serão moralmente aceitas e outras moralmente não aceitas, mas mesmo assim serão direito, já que válidas.

Esse ponto, inclusive, alguns autores marcam como a derrocada do positivismo no pós-segunda guerra: “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” (BARROSO, 2015, p.282).

Todavia, essa afirmativa não é a melhor versão da história, como fica claro pela seguinte passagem:

Em um importante livro intitulado *Recht im Unrecht*, Michael Stolleis reedifica, historicamente, o complexo processo de constituição do “direito” nazista. A profunda análise histórica de Stolleis coloca a fórmula Barroso de ponta-cabeça e a vanguarda iluminista na escuridão. A barbárie não veio em nome da lei, pelo contrário, ela se estabilizou e se concretizou fora da lei. Stolleis demonstra historicamente, entre vários outros argumentos, como, dentro de poucas semanas, entre janeiro e maio de 1933, os principais direitos fundamentais perderam validade e a estrutura partidária e sindical foi aniquilada pela entrada em vigor da *Ermächtigungsgesetz* (23.03.1933). Segundo o historiador do direito, o que aconteceu de forma acelerada nessas poucas semanas foi a supressão ou o aniquilamento do fundamento positivista ou positivo do direito estatal alemão pela segunda vez no século XX. Não se tratou, portanto, de promover a barbárie em nome da lei, pelo contrário, destituiu-se, primeiramente, a base da lei – institutos e direitos fundamentais –, para, então, em um segundo momento, chegar-se à barbárie às margens da lei (CAMPOS, 2019, p.348)

De qualquer forma, o movimento pós-positivista se valeu desse ideal de justiça, buscando soluções que parecessem justas, ainda que, eventualmente, contrárias à lei. O positivismo de Kelsen aceita que normas injustas sejam válidas, enquanto o pós-positivismo entende que normas injustas “não são válidas”.

Para o positivismo, então, a correta fundamentação está em aplicar aos fatos do caso concreto a norma válida que prevê essa situação.

A corrente posterior a essa derrocada do positivismo é o neoconstitucionalismo, que será analisado na sequência.

### **3.3.2 O pós-positivismo e a corrente neoconstitucionalista**

Com a crise vivida pelo positivismo após o término da segunda grande guerra, uma nova escola filosófica do direito passou a ganhar adeptos, a chamada pós-positivista.

Assim como o positivismo, os termos pós-positivismo e neoconstitucionalismo são usados genericamente para caracterizar uma ampla gama de concepções do direito, mas que possuem uma mesma matriz, “no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana” (BARROSO; BARCELLO, 2003, p. 147).

Outros autores elencam que a característica comum desses movimentos “reside na especial ênfase dada à possibilidade de modificar a sociedade por meio do Poder Judiciário” (GALVÃO, 2014, n.p), o que não deixa de ser uma decorrência da matriz previamente apresentada.

Por seu turno, Sanchis (2016, p. 264), já prefere falar em neoconstitucionalismos, utilizando a palavra no plural, tendo em vista a ampla variação dessa corrente.

De qualquer maneira, dentro desse cenário, é cabível apresentar os principais elementos dessa corrente, entendendo o seu modo de responder à pergunta “o que é o direito?”, definindo-os e distinguindo pós-positivismo de neoconstitucionalismo.

Para fins do presente estudo, será adotada a seguinte distinção entre esses dois termos: “pós-positivismo” é um gênero de corrente filosófica, com ascensão após o positivismo e que visa superá-lo. Concorde-se com as críticas apresentadas por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p.159), que verifica uma imprecisão no termo, vez que revela a ideia de que antes tudo era positivismo, o que não é verídico, existindo autores anteriores ao período do pós-positivismo que não eram positivistas, como John Rawls e Miguel Reale.

Já “neoconstitucionalismo” é uma espécie do gênero pós-positivismo, com característica especial de constitucionalização do direito. Apesar de o termo pós-positivismo habitualmente ser utilizado como algo mais geral do que neoconstitucionalismo, na prática é comum a utilização dos dois termos como sinônimos.

Pode-se, agora, elencar quais são as principais características desse neoconstitucionalismo.

Sanchis (2016, p. 266-288) apresenta quatro itens: i) Força normativa da Constituição; ii) maior carga aos princípios; iii) garantia de aplicação direta da Constituição, principalmente dos direitos fundamentais, em qualquer aspecto da vida social, inclusive relação entre particulares; iv) certa rigidez constitucional (para não ser tão fácil alterá-la). Esse último item é endossado por Zagrebelsky (2006, p.1144).

Sarmiento (2009, p. 95-96), também elenca a constitucionalização do direito e maior força aos princípios, mas acrescenta três novos itens à lista: i) rejeição ao formalismo; ii) utilização de

métodos mais abertos de fundamentação (como a ponderação); iii) reaproximação do direito e da moral.

Ávila (2009, p.2), por seu turno, aponta de outro modo, ressaltando: i) mais princípios do que regras; ii) interpretação mais aberta; iii) maior uso da moral e senso de justiça; iv) prevalência do Judiciário; v) maior força à Constituição.

Nota-se, assim, que quase todos os autores elencam as mesmas características. Apenas a rigidez constitucional é mencionada unicamente por um deles, todos os demais elementos, com algumas nuances nas expressões, são idênticos.

Para a conceituação de neoconstitucionalismo adotada no presente trabalho, essas são as principais características, que acabam por ter estreita correlação entre elas: i) ascensão da função do Poder Judiciário; ii) constitucionalização do direito; iii) maior valorização dos princípios para julgamento; iv) interpretação mais aberta; v) rejeição ao formalismo; vi) maior senso de justiça no julgamento.

Dessa forma, observa-se que esse movimento visa garantir uma maior prevalência ao Judiciário do que em outrora, devendo essa função do poder “guiar” a sociedade “ao caminho da luz”. Para tanto, se vale da constitucionalização do direito, aplicando a Constituição para todas as relações jurídicas, o que automaticamente resulta em maior utilização dos princípios (constitucionais). O maior uso de princípios propicia interpretação mais aberta (por ponderação) e diminui o formalismo (ou a subsunção), logo, os julgamentos procuram conferir maior senso de justiça (ainda que seja algo subjetivo).

Não se caracteriza como uma reaproximação do direito com a justiça ou com a moral, já que aquele nunca se dissociou dessas, mas, sim, diz-se que o objetivo passa a ser inexoravelmente um julgamento justo e não necessariamente um julgamento que garanta segurança jurídica – ainda que se tente manter esse aspecto.

Verifica-se, pois, que todas as características estão entrelaçadas, formando um todo coerente, ainda que perigoso.

Deve-se, agora, detalhar melhor cada atributo para se refinar essa conceituação, já que alguns termos utilizados são vagos e podem ser interpretados de mais de uma maneira. Adianta-se, porém, que os elementos se entrelaçam e se confundem, razão pela qual não é possível estabelecer um critério científico para individualização de cada um, apenas os separar para fins didáticos. Todavia, antes será necessário conceituar regras e princípios, já que essa definição bem clara é imprescindível para se avançar para o estudo das características.

### 3.4 PRINCÍPIOS E REGRAS

Tendo em vista a relevância dos princípios ao neoconstitucionalismo, forçosa a demonstração de seu conceito, diferenciando-o de regras, bem como explicando qual é a técnica utilizada para aplicar princípios e regras ao caso concreto.

Essa distinção não possui um caráter meramente acadêmico, tendo grande implicação prática, uma vez que o neoconstitucionalismo propõe soluções distintas para o caso de conflito de regras ou colisões de princípios.

Será adotada a conceituação de norma como um gênero do qual regras e princípios são espécies, sendo desnecessário para o presente trabalho o ingresso em todas as discussões teóricas a respeito de norma. Limitar-se-á a diferenciação de regra e princípio, tomando por base que ambos são normas.

“Regras são normas que ordenam, proíbem definitivamente ou autorizam a algo definitivamente” (ALEXY, 2011, p.37) e que, “normalmente, [contém] relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações” (BARROSO; BARCELOS, 2003, p. 148).

Nota-se que regras são definidas como ordenações objetivas, que autorizam ou proíbem uma conduta de forma direta, como em: “é proibido matar”, “proibido para menores de 18 anos”, “é condição para dirigir possuir CNH”.

Por essa característica, “regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2011b, p. 91).

A regra é de tal objetividade que não pode ser “meio satisfeita”. Ou o agente matou alguém ou não matou, ou é permitido para menores de 18 anos ou não, ou se pode dirigir sem CNH ou não, não tem como se aplicar uma parte da regra.

Assim, se diz que a regra se opera no tudo ou nada. Ou ela é cumprida em tudo que prevê ou em nada (BARROSO; BARCELOS, 2003, p. 148), não existindo meio termo.

Todavia, é possível inserir exceções, como “é permitido matar em legítima defesa”, de modo a ser uma exceção para a regra “é proibido matar”. Em se tratando de legítima defesa será lícito matar, mas isso não significa que a regra “é proibido matar” foi relativizada e, sim, que se criou uma exceção com uma nova regra que foi respeitada na sua integralidade. Continua sendo proibido matar, mas em um caso específico, uma outra regra prevê a exceção para a primeira.

O sistema jurídico é fundamentalmente composto por regras que preveem situações e outras que criam exceções.

Outro modo de não se cumprir uma regra seria por sua invalidade (ALEXY, 2011, p.37). Se a regra “é proibido matar” não for mais válida, seja porque revogada por outra norma ou por ter sido elaborada por agente incompetente, não mais será obrigatório o seu cumprimento.

A regra é aplicada pelo mecanismo da subsunção, observam-se os fatos e eles são enquadrados na norma produzindo o efeito previsto (BARROSO; BARCELOS, 2003, p. 148). Se uma pessoa matou outra (fato), aplica-se a regra “é proibido matar”, culminando nas sanções previstas. Alexy (2009, p 40) já dizia que a subsunção funciona pelas regras da lógica, se “A”, então “B”.

As regras, assim, são aplicadas por meio da subsunção, na qualidade de tudo ou nada, observando-se as exceções e nulidades. E no caso de duas regras que sejam contrárias uma à outra? A solução para o conflito de regras será por meio da invalidade de alguma delas, mediante proposições previamente estabelecidas, como lei posterior que derroga lei anterior, lei especial que se sobressai à lei geral e lei superior à lei inferior.

Ou seja, a resolução se dá no campo da validade; uma regra é afastada em prol da outra, uma será aplicada na integralidade e a outra em nada. Sempre que duas regras conflitarem, uma se sobressairá.

Já com os princípios a solução é distinta, pois não se fala em tudo ou nada e nem em conflito de princípios, mas sim em colisão.

A característica dos princípios é diversa das regras, eles “contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações” (BARROSO; BARCELOS, 2003, p.148-149).

A vagueza do princípio é muito maior que de uma norma, o seu enunciado não pode ser aplicado por subsunção, já que não prevê uma situação concreta, mas define um norte. Enquanto uma regra pode ser designada como “é proibido matar”, um princípio seria “o direito à vida”, “a dignidade humana”.

A consequência é que não há como se aplicar o tudo ou nada, posto que seu conteúdo semântico engloba variadas situações e sua interpretação, inclusive, pode ser distinta conforme quem o interpreta.

Para Dworkin, os princípios não estão apenas no campo da validade, como também do peso, prevalecendo o princípio que tiver mais importância ao caso concreto (e não o válido ao inválido). Alexy, parte da mesma premissa, mas acrescenta que os princípios são mandados de otimização, que expressam direitos e deveres *prima facie*, ao contrário das regras que

expressam deveres e direitos definitivos. Ainda, não importa a fundamentalidade da norma, para ser princípio bastaria observar sua estrutura (SILVA 2003, p. 610-611).

Esse último apontamento é interessante, já que tradicionalmente se define princípios como disposições fundamentais, sendo que para Alexy não há necessidade de o ser, ele se apega apenas no caráter qualitativo e não de grau.

Nesse caráter qualitativo, os princípios ordenam que algo seja realizado o máximo possível, de modo que pode ser diminuído ou majorado conforme o caso concreto, sendo assim, eles são mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus variados (ALEXY, 2011b, p.90) (ALEXY, 2011, p.37).

Se, num caso concreto, dois princípios levarem a resultados distintos, não será tudo para um e nada para o outro, eles se amoldarão para que se aplique o máximo possível dos dois. Um será menos aplicado para que o outro seja mais aplicado, mas nenhum será totalmente abandonado ou esquecido. E o resultado pode ser modificado conforme alterações no caso concreto. Em dois casos envolvendo o aborto, por exemplo, pode-se aceitar o aborto em caso de estupro e não o aceitar em caso de gestação acidental de uma adolescente. Em ambos os casos estamos diante da colisão do princípio que garante o direito à vida e dignidade da pessoa humana, sendo que em cada um foi maximizado um princípio distinto para se chegar ao resultado final. Assim, os princípios oferecem maior margem de manobra, eis que é possível alterar o resultado do caso concreto utilizando os mesmos princípios, enquanto que com as regras o resultado seria engessado ao previsto na regra e suas exceções. Se a regra só previsse que é proibido o aborto, sem criar exceções, não teria como aceitá-lo em casos de vítimas de estupro. Ao seu turno, com os princípios pode-se chegar a resultados distintos, em situações distintas, mesmo que com a utilização dos mesmos princípios.

A técnica para resolver essa colisão de princípios ou direitos fundamentais é justamente a ponderação de princípios, “o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível” (BARROSO; BARCELOS, 2003, p.148). Pondera-se o peso que cada princípio terá ao caso concreto. A técnica para a ponderação é a proporcionalidade, que será vista a seguir.

Pode-se notar que foi apresentada uma distinção mais qualitativa entre regras e princípios (quase que exemplificativa) do que seus exatos conceitos, visto que não há uma definição precisa de tais termos que passe incólume pela crítica, bem como pelo fato de os autores abordados não se preocuparem muito em estabelecer uma definição formal e, sim, focarem mais na distinção qualitativa. Silva (2003, p. 609) diz que tanto para Dworkin quanto para

Alexy, a distinção é muito mais do caráter lógico (e não de grau), o que explica uma falta de apego à conceituação desses autores.

Passa-se, agora, a observar as principais características do neoconstitucionalismo.

### 3.5 ASCENSÃO DO JUDICIÁRIO

Já foi possível explicar que as funções dos poderes são divididas para que não se acumulem nas mãos de um só e, uma vez divididas, uma função consegue conter o abuso das outras e assim há estabilidade –tal explanação foi feita com base em Montesquieu.

Agora, complementando, há que se ressaltar que Montesquieu visualizava o Judiciário como a função menos importante ou “de alguma forma nulo” (MONTESQUIEU, 1996, p. 172), sendo que os juízes seriam apenas a “boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, sem seu rigor” (MONTESQUIEU, 1996, p. 175).

Por suposto, o Judiciário ganhou relevância ao passo da história, estando, sem dúvidas, no mesmo patamar do Legislativo e Executivo. Isso não é nenhuma novidade do pós-positivismo, tal importância já vinha há muito do desenvolvimento da teoria da separação dos poderes, inclusive em Kelsen com o Tribunal Constitucional.

Ocorre que, hodiernamente, por conta da desmoralização da política, escândalos de corrupção, inatividade, o Judiciário passou a ganhar um novo *status*.

Mas não se fala aqui em ascensão apenas nesse sentido, é preciso verificar a diferença de *status* do Judiciário entre o positivismo e o neoconstitucionalismo e, não apenas a ascensão fática por conta de mudanças sociais.

Dito de outro modo, não se nega que alterações sociais elevaram o Judiciário a um patamar diferente do pensado por Montesquieu. Todavia, elas são exógenas ao direito, devendo-se analisar quais as alterações dentro do direito, quais as propiciadas pela mudança filosófica do período positivista para o pós-positivista.

O neoconstitucionalismo acredita no avanço social por meio da interpretação judicial, da criatividade dos juízes que, por meio de julgamentos, poderiam acabar com injustiças existentes nas leis (GALVÃO, 2014, n.p).

O Judiciário tem papel de relevo, já que por meio dele será operada essa reforma, saindo de um mundo “injusto” para um “justo”. Se o legislador é omissivo, o Judiciário corrige com uma

interpretação principiológica. Se o legislador é retrógrado, o Judiciário é o futuro e, assim por diante.

Há uma verdadeira transferência de algumas prerrogativas que seriam típicas de outras funções do poder, ao Judiciário. Galvão (2014, n.p), que é contrário a esse neoconstitucionalismo, elenca as principais justificativas que a corrente usa para tal transferência: i) vontade popular; ii) competência funcional; iii) argumento procedimental; iv) proteção de direito fundamental.

O primeiro item é o que mais se aproxima do que aqui se está tratando, seria ele uma justificativa de que o Judiciário é a ponte entre a sociedade civil e as leis, uma ponte entre a vida comum dos cidadãos com o mundo distante das normas legais. Como os indivíduos são impotentes em face do Legislativo e Executivo, no Judiciário eles encontram proteção.

Perante o Legislativo e Executivo, qualquer cidadão é um número ínfimo diante dos votos totais que aquele candidato obteve. O cidadão, sozinho, não tem peso de influenciar eleições ou a posição dos políticos. No Judiciário, pelo contrário, sua demanda será ao menos ouvida, ao passo que existe a obrigatoriedade de sua lide ser julgada. Na ausência de uma lei que guarneça determinado interesse do cidadão, como por exemplo, uma gestante que pretenda abortar em um Estado em que isso seja proibido, praticamente não haverá chance de se alterar a lei pelo simples voto, mas no Judiciário existirá maior possibilidade de se obter uma decisão favorável. Se essa gestante tentar dialogar com o deputado que ela elegeu para que ele proponha uma alteração na lei que lhe assegure o direito de abortar, é provável que não tenha êxito em seu intento, mas uma vez que ingresse com uma demanda judicial, terá um juiz singular, três desembargadores e até Ministros da Corte Suprema analisando e lendo sua petição.

O Judiciário, por essa visão, garante o acesso à Justiça e, sempre que instado a responder, deve decidir. Entretanto, essa análise pode levar a incorreta percepção de que o Judiciário é sempre reformista, ao contrário do Legislativo.

Essa imagem é gerada pela equivocada interpretação de alguns argumentos. O fato de o Judiciário sempre ser obrigado a decidir uma contenda não significa que sempre será uma decisão inovadora. O fato de o Legislativo não ser obrigado a dar uma resposta formal (tal qual uma sentença) não significa que ele foi revel à reclamação, uma lei não aprovada não é necessariamente uma omissão, uma inação. O “não” é uma resposta concreta de uma vontade legislativa - analisou, debateu e entendeu por não alterar a lei.

Ainda, a doutrina pós-positivista vislumbra essa elevação do Judiciário, seu elo entre o povo e a lei, como algo natural e legítimo. Alexy (2011, p.52) chega a sustentar que enquanto o

parlamento representa o povo politicamente, o Judiciário (na figura da Corte Constitucional) o faz argumentativamente. Com isso, ele intenta demonstrar que o Judiciário que contraria o parlamento não é antidemocrático ou contrário à própria vontade popular e, sim, a materialização do próprio povo se manifestando argumentativamente contra seus representantes políticos.

Portanto, para o pós-positivismo, absolutamente normal e aceitável esse papel de maior relevo do Judiciário, que nada mais é do que a vontade do povo em seu viés argumentativo, fechando o que foi dito no início, o elo entre o povo e o Estado garantidor de suas vontades.

Com relação ao item “ii”, competência funcional, pode ser considerado um argumento válido, ainda que utilitarista. A sua fundamentação se baseia em que deveria ser repassado ao Judiciário aquilo que ele tivesse maior habilidade para fazer – pelo menos em comparação com outra função do poder. Claramente, não se pode transferir uma função ao Judiciário *a posteriori*, sem prévia norma que assim o legitime, sob pena de usurpar outra função do poder.

Parece absolutamente razoável que cada função do poder não precise ser estanque, com a competência prevista por Montesquieu há 300 anos. Inclusive, nada obsta que novas funções sejam criadas com novas competências. E mais, dentro dessa atribuição de competência, um critério válido é o da competência funcional. Cada órgão teria a função que pudesse melhor exercer. Se uma dada tarefa tende a ser melhor desenvolvida pelo Legislativo, que fique de competência do Legislativo e assim por diante.

Todavia, tal previsão deve sempre ser feita respeitando a democracia, por meio de norma válida. Não se pode prever uma competência e alterá-la, na prática, por uma questão de conveniência. Caso se perceba que alguma competência deva ser alterada, que o seja por meio de lei.

O item “iii” se fundamenta sob a alegação de que o Judiciário, para respeitar a limitação entre os poderes, deve interferir com vistas à manutenção da democracia, sempre que houver uma disfunção em algum poder. Note-se que, nesse item, não existe uma novidade pós-positivista, visto que sempre foi assim. Se, em algum momento, o Executivo ou o Legislativo pretendesse adotar uma medida ilegal, como a volta da escravidão, o Judiciário já teria competência para declará-la inconstitucional. Não existe novidade nessa prerrogativa, inclusive, esse é essencialmente o papel do Judiciário na limitação dos outros poderes e assim sempre o foi, pelo menos desde que se admitiu o controle de constitucionalidade.

A novidade seria o uso dessa prerrogativa como mero *topos* argumentativo, para invalidar uma medida legal de outro poder, sob o prisma de não ser a melhor solução. Se o Legislativo

pretende votar uma lei escravocrata, o Judiciário tem competência para declarar sua inconstitucionalidade, uma vez que essa lei é contrária à Constituição. Se o Legislativo pretende elaborar uma lei que permita ou proíba o aborto, o Judiciário não poderá se insurgir, visto que essa lei está dentro das competências do Legislativo. O fato de a lei ser ou não a melhor solução não basta, o Judiciário só poderá invadir essa esfera do poder se a lei for inconstitucional.

No que tange ao item “iv”, proteção dos direitos fundamentais, tal característica deve ser buscada por toda a administração pública, não só pelo Judiciário, bem como pelos particulares em suas relações privadas. Alguns institutos do direito privado, como a função social da propriedade do contrato e o dever de cooperação processual, são exemplos.

Essas justificativas, em si, não são suficientes para transformar o Judiciário na maior e principal função do poder, como faz crer o pós-positivismo. Ele ainda deve guardar seu lugar na relação harmônica entre as funções dos poderes, uma vez que não é melhor nem mais importante do que qualquer outro – caso contrário, viveríamos uma aristocracia do Judiciário e não em uma democracia.

### 3.6 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Outro fenômeno típico do neoconstitucionalismo é a constitucionalização do direito. Ou seja, os princípios constitucionais passam a ser utilizados diretamente na aplicação do direito em todas as esferas, até no direito privado, como o direito civil e mesmo em situações que existam leis expressas regulamentando o tema. Em uma contenda de despejo por falta de pagamento em que exista uma lei específica regulando o tema, é possível a aplicação de princípios constitucionais.

Não se está dizendo que anteriormente ao neoconstitucionalismo a Constituição não era empregada para esse tipo de caso. Ocorre que, tradicionalmente, havendo uma regra a ser aplicada ao caso concreto e estando essa regra em harmonia com a Constituição, era o caso de subsunção do fato à norma. Aplicar uma norma infraconstitucional, como, por exemplo, um artigo do Código Civil, não deixa de ser aplicar as ideias da Constituição, já que essa norma não é inconstitucional.

O neoconstitucionalismo, por outro lado, intenta que mesmo havendo uma norma a ser aplicada ao caso concreto, há que se verificar se o resultado dessa aplicação respeitará os

princípios constitucionais, formando um “julgado justo”. Mesmo tendo uma norma que diga “A”, é possível chegar ao resultado “B”, se assim for possível por meio da interpretação de princípio constitucional, caso a decisão “B” seja mais “justa” do que a solução “A”.

Aqui há de ser ressaltada uma crítica muito bem posta por Humberto Ávila (2009, p.8): Como no nosso exemplo anterior, em uma situação em que haja uma norma expressa (um artigo de lei) prevendo em abstrato a hipótese do caso concreto e desde que essa norma não fira a Constituição, a utilização de princípios constitucionais para julgar esse caso a contrário sensu do que o previsto na norma, trará como consequência uma desvalorização da função legislativa, com risco à separação das funções do poder e a própria democracia. O Autor demonstra que o perigo é muito além do que o simples julgamento “injusto” de um caso concreto – lembrando que justo e injusto são conceitos subjetivos - muitos podem entender aquela solução como justa.

A essência da diferença é que movimentos como o positivismo pretendem prever o máximo possível de situações *a priori*, sendo que, eventualmente, um ou outro caso concreto terá resultado injusto se aplicada essa solução. O pós-positivismo aceita essa máxima quantidade de previsão *a priori*, mas se em um caso o resultado for injusto, pretende sua alteração para uma decisão justa, consubstanciada em princípios constitucionais. Imagine que exista uma regra que afirme que no caso de não pagamento de aluguel o locatário será despejado em 15 dias. Para a grande maioria dos casos concretos, o despejo será um resultado justo e acertado, eis que o proprietário faz jus a receber aquele valor e, não o recebendo, pode ordenar o despejo para locar a outrem. Todavia, se em um caso a pessoa a ser despejada é uma senhora idosa, sozinha, que perdeu sua aposentadoria por culpa do INSS, o neoconstitucionalismo entende que não seria o caso de subsunção, com consequente despejo, seria preferível alegar o princípio da dignidade da pessoa humana e julgar *contra legem*. Nesse caso concreto, para essa corrente, o mais justo seria contrariar o texto legal.

Fora o risco de insegurança jurídica (que será melhor abordado em tópico próprio), tal prática de constitucionalização do direito, que caminha junto à ascensão do Judiciário, causa um rebaixamento do Legislativo, impactando na correta contenção dos poderes. O Judiciário está inflado, muito mais poderoso que as demais funções.

Perceba que aqui a constitucionalização do direito vai muito além de uma deferência à Constituição, de um respeito às suas previsões; trata-se de uma aplicação direta de um princípio contra texto legal expresso, devidamente aprovado pelo Legislativo e nunca declarado inconstitucional.

Insta observar que essa análise de constitucionalização do direito pelo neoconstitucionalismo não é restrita apenas ao campo do direito privado, mas extensível a todas as relações jurídicas. Os cidadãos devem levar a Constituição em conta ao se relacionarem com outros cidadãos ou com o Estado, assim como os administradores públicos também o devem fazer ao conduzir sua atuação e, logicamente, os juízes ao julgarem. Para o neoconstitucionalismo, os fins em todas as relações devem levar em conta os valores protegidos pela Constituição (GALVÃO, 2014, n.p).

Não há o menor problema que todos os cidadãos e o Estado tenham os ideais constitucionais em conta ao agirem no dia a dia, ainda que em outras esferas, como o próprio direito privado, conforme preconizava Häberle:

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculadas todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 2014, p. 27).

O problema consiste na inversão de valores ao se preterir uma lei válida em prol de uma interpretação vaga da Constituição. A corrente neoconstitucionalista se apoia na força normativa da Constituição para fundamentar sua aplicação irrestritamente: “a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional” (HESSE, 1991, p.19).

Diga-se, força normativa não significa que os princípios constitucionais são aplicáveis indefinidamente e até contrariando normas legais. Denota, isso sim, que a Constituição não é um mero norte que precisa de outras normas para se fazer valer, mas que ela tem força por conta própria para impor regras e condutas que devem ser respeitadas. As normas infraconstitucionais elaboradas em sua vigência ou por ela recepcionadas são normas que já respeitam a sua força normativa.

Konrad Hesse (1991, p.18-19) já dizia que a eficácia da Constituição se encontra na sua vinculação com as tendências dominantes daquele tempo, se ela impõe tarefas que serão realizadas, se estabelece uma ordem normativa que proteja o Estado. Aí reside a força normativa da Constituição e, não em julgamentos contra *legem*, que, em última análise, contrariam a segurança jurídica, a separação de poderes e a democracia, previstos na própria Constituição.

Está-se, com isso, perdendo a força normativa da Constituição e não a garantindo. O problema não está em se aplicar a Constituição, está em ultrapassar o limite entre a correta aplicação e a interferência em outras funções do poder e na própria democracia.

### 3.7 VALORIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como mecanismo para a constitucionalização do direito, o neoconstitucionalismo adota maior uso dos princípios, inclusive em relações típicas do direito privado. Logo, a consequência é uma valorização dos princípios.

Se anteriormente ao neoconstitucionalismo a resolução de uma demanda civil passava pela aplicação do Código Civil, agora já é possível julgar contra ele, mas com base em um princípio constitucional (como a dignidade da pessoa humana).

Nesse cenário, fica latente que os princípios alcançam um patamar não observado em outros tempos. Não que os princípios não fossem importantes anteriormente ou que sejam novidade do pós-positivismo, é preciso deixar claro que não foi criado um novo direito absolutamente distinto do positivismo. Na realidade, de novo nada se criou, só se alterou a ordem de importância das coisas.

Inclusive, a respeito desse tema, Carlos Horbach (2007, p. 81-91) faz comparação das ideias defendidas por Barroso (neoconstitucionalista) e Carlos Maximiliano (autor de hermenêutica, nascido no fim do século XIX), para demonstrar que, no fundo, o neoconstitucionalismo não inventou um novo direito, sendo apenas uma “nova roupa” do direito já existente. Em seu texto, ele demonstra, comparando citações dos dois autores, que os princípios já existiam, eram utilizados e possuíam importância no auge do positivismo.

A grande novidade do neoconstitucionalismo é realmente o fato de o princípio ser agora a “estrela da festa” e não mais um instrumento posto à disposição do intérprete. Reconhece-se o fato de que a aplicação dos princípios constitucionais pelo neoconstitucionalismo difere daquela proposta pelo jus positivismo (embora não seja uma criação ou novidade, como muitas vezes o neoconstitucionalismo quer fazer parecer). É claro que já existia a aplicação de princípios no positivismo, mas julgar um caso de direito privado com base em um princípio, contrariando uma lei expressa, não era aceito por aquela filosofia tal qual o é pelo neoconstitucionalismo. Por isso, entende-se que não há como defender que a aplicação seja idêntica para as duas escolas.

O neoconstitucionalismo se vale do princípio para chegar em um resultado que entende justo, mesmo que contrário à lei. O positivismo utiliza a lei com o intuito de se obter um resultado seguro, se auxiliando dos princípios para chegar a esse resultado, e não o conferindo como uma carta em branca para o intérprete criar o direito.

E mais, segundo o neoconstitucionalismo, o intérprete deve começar sua interpretação pelos princípios. Diante de um caso concreto, primeiro se verifica qual o maior princípio que se liga àquele caso para, na sequência, observar os demais princípios e só então se chegar à regra (BARROSO, 2003b, p.151).

Note que para o positivismo primeiro se busca a regra. Na hipótese de ela não ser suficiente para resolver a questão, se socorre, então, dos princípios. O neoconstitucionalismo não só inverte a ordem, como ignora a regra concreta se assim lhe for mais conveniente.

Diga-se, a justificativa apresentada por Barroso (2003b, p.151) para essa ordem interpretativa é que o princípio espelha a ideologia da Constituição. A assertiva é correta, mas não só os princípios espelham a Constituição, como toda a ordem jurídica em harmonia com a Constituição a espelha (tal qual a regra), bem como, no entendimento desse estudo, a ideologia da Constituição também está presente no respeito à separação das funções dos poderes e à legitimidade da ordem democrática, mesmo que isso signifique julgar uma demanda com base em uma regra “injusta”, ao invés de se basear em um princípio “justo”.

Assim, mesmo que os princípios não sejam uma criação do neoconstitucionalismo, adquirem uma nova importância, servindo como ferramenta essencial para o intérprete modelar o direito em seus julgamentos.

### **3.8 INTERPRETAÇÃO MAIS ABERTA**

A maior prevalência do uso de princípios como mecanismo de julgamento acarreta que a interpretação seja, naturalmente, menos engessada ao texto da lei, em razão da própria característica de vagueza dos princípios.

O escopo dessa mudança de paradigma da lei para os princípios está, na visão de Alexy (2011, p. 36), se embasando no fato de que nenhum legislador é capaz de criar um sistema de regras perfeito, que contemple, aprioristicamente, todas as situações, sem contradições e sem ausência de normas, razão pela qual o direito necessita de uma abertura para ser interpretado com os princípios.

Não que a subsunção foi abandonada pelo neoconstitucionalismo, mas apenas esse método não basta (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 143), sendo necessária também a maior utilização de princípios, transformando o exercício da interpretação em algo mais aberto e menos preso à literalidade.

Não há dúvida de que a interpretação principiológica carrega consigo maior vagueza do que a mera subsunção de normas, a esse respeito:

Os princípios representam as traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por consequência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação (SARMENTO, 2003, p.42).

Enquanto um princípio como o da dignidade da pessoa humana pode ter inúmeros significados conforme o caso, sendo gerais e abstratas, regras como “é proibido fumar”, “aquele que causar um dano será obrigado a ressarcir”, “o trabalhador tem direito a 30 dias de férias por ano”, são muito menos flexíveis para o intérprete, com seu raio de aplicação extremamente delimitado.

Essa ideia de maior vagueza e abstração pode ser transportada para as cláusulas constitucionais como um todo, que, segundo o neoconstitucionalismo, carregam um conteúdo mais aberto e principiológico do que normas infraconstitucionais como o Código Civil, de modo a não ser possível interpretá-las nos moldes propostos pelo positivismo ou nos moldes como o pós-positivismo enxerga o positivismo (literal ao texto da lei). O neoconstitucionalismo acredita que as normas da Constituição demarcam um raio de ação no qual o intérprete pode navegar dentro do caso sem que regulem, expressamente, um único sentido (BARROSO; BARCELLLOS, 2003, p. 144).

Em outros termos, enquanto para um positivista exegeta, a norma tem uma interpretação correta, para o neoconstitucionalismo a norma (constitucional) traçaria limites que não podem ser transpassados, embora dentro desses limites o intérprete possa operar com certa subjetividade. A grande dificuldade, justamente, seria saber com exatidão qual é esse limite.

A consequência natural desse modo de entender o direito é a maior liberdade dada ao julgador, que adquire uma importância maior no sistema. Sua função não será meramente decidir arbitrariamente o que a lei quis dizer ao selecionar uma palavra ao invés de outra, mas sim todo um exercício de integração do sistema, de normas e princípios, alcançando um julgamento justo, que pacifique a sociedade.

Logicamente, com essa matriz de interpretação mais vaga do neoconstitucionalismo, há um gradual abandono ao formalismo do positivismo, conforme se verá a seguir.

### 3.9 REJEIÇÃO AO FORMALISMO

O que se objetiva dizer com rejeição ao formalismo não é que o neoconstitucionalismo abandona qualquer sistema legal, que não existem mais leis e que o intérprete decidirá a seu bel prazer e, sim, que não há um apego à necessidade de ser formalista sempre. Entre uma opção interpretativa mais abstrata, que trará um resultado mais justo, e uma interpretação mais literal, com um resultado injusto, o neoconstitucionalismo fica com a primeira.

O neoconstitucionalismo prefere a justiça à segurança jurídica no caso de colisão entre elas. Não se abandona uma em favor da outra e, sim, tenta-se otimizar, utilizar o máximo entre as duas. Todavia, em caso de colisão, a segurança jurídica será relativizada para se obter a justiça.

A alegação do neoconstitucionalismo é que a lei não fornece a resposta adequada para solucionar todas as questões, sendo, por vezes, mais adequado (justo) o uso de princípios (NALINI, 2006, p.19). Rejeita-se, assim, o formalismo dos sistemas legais presos à lei, preferindo-se o uso de instrumentos interpretativos mais abertos, que conferem margem de manobra ao julgador.

O direito não abandona a força da lei, mas ele pretende mantê-la de forma compatível com a busca pela justiça. Cabe à interpretação esse papel de conciliação entre esses aspectos às vezes conflitantes (ZAGREBELSKY, 2008, p. 252).

Dentro desse maior uso de princípios se destaca o uso da ponderação, muitas vezes denominada de princípio da ponderação ou proporcionalidade, como técnica central de interpretação do neoconstitucionalismo e objeto precípua deste trabalho.

O uso da ponderação faz parte de um movimento dentro do direito, não é um fenômeno isolado. Sua utilização não é um mero recurso posto à disposição do julgador, pertence à filosofia neoconstitucionalista, que busca a justiça, utilizando-se de técnicas mais abertas de interpretação, tal qual o uso dos princípios.

Para se entender os ônus e bônus da ponderação é preciso posicioná-la corretamente no movimento filosófico ao qual pertence. Desse modo, será abordada, agora, a consequência das características apontadas nesse capítulo.

### 3.10 MAIOR SENSO DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO

O presente ponto é um fechamento das características até aqui apresentadas, sendo essa a consequência ou razão dos itens anteriores. Como dito, são todas elas parte inexoráveis de um todo, de modo que para existir uma, deve existir outra. Barroso e Barcellos fecham bem esse circuito no trecho a seguir:

É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica - previsibilidade e objetividade das condutas - e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 149).

As regras são importantes para conferir segurança jurídica e os autores não negam isso, mas com os princípios é que se torna possível flexibilizar o direito e galgar julgamentos justos. Ao dizerem isso, os autores estão utilizando outras palavras para expressar que os princípios podem ser utilizados como manobra argumentativa para se esquivar do previsto nas regras, aceitando julgamentos contrários a essas regras, em prol de um resultado justo.

É certo que alguns autores demonstraram o risco que a busca pela justiça com o uso de princípios vagos acarreta, em especial, com decisões eivadas de subjetivismos (ÁVILA, 2009, p. 9). Não se pode, a propósito, deixar de pontuar essa contraposição, mas as críticas serão abordadas em um momento posterior

Agora, é interessante apresentar a clara adoção da justiça como ideal do neoconstitucionalismo, a frente da segurança jurídica. Dois dos principais autores pós-positivistas advogam nesse sentido.

Robert Alexy (2011, p.32) defende que a norma posta, decretada, tem um limite e esse limite é a justiça, assim a lei não pode resultar em uma medida que seja insuportável, no sentido de injusta.

Ronaldo Dworkin (2006, p.2), fala em leitura moral, ou seja, uma forma de interpretar as normas de forma ampla e abstrata, levando em consideração os princípios morais que as norteiam e não apenas o texto cru da lei. Ele defende a busca pela moralidade e pela justiça a ser realizada pelos tribunais.

Na perspectiva de Dworkin, há de haver uma balança equilibrada entre a possibilidade de flexibilizar e a manutenção da segurança jurídica, vinculando elementos históricos do passado com perspectivas de futuro, a fim de que, através da atividade interpretativa, se encontre a melhor solução para o caso dentro do direito, uma solução virtuosa, constitucionalmente adequada ou correta (KALLÁS FILHO; MASSA, 2019, p. 253).

O desejo neoconstitucionalista é a busca por julgamentos mais justos, mas sem o completo abandono da segurança jurídica. Se, para os adeptos dessa teoria, o positivismo era marcado pelo legalismo não se importando com injustiças, o neoconstitucionalismo surge como uma

revolução jurídica, que passa a vislumbrar no direito uma ferramenta de pacificação e avanço social.

Nesse sentido, grande avanço foi obtido pelo pensamento de Friedrich Müller. Ele rechaça decisões discricionárias e fundamentação *ex post facto*, ou seja, após a tomada da decisão, apenas para justificar a vontade do julgador (MÜLLER, 2008, p 85), ao mesmo tempo em que entende que a realidade e os fatos tem tanta importância quanto a formação linguística da norma para se chegar a uma correta aplicação do direito (MÜLLER, 2008, p 85). Dessa forma, se dissocia de um positivismo exegético que entende que a formação linguística precede a qualquer valor, operando o direito de forma lógica, pela subsunção, abrindo caminho para um julgamento mais “justo”, sem o abandono da segurança jurídica.

Essas premissas de sua teoria não trazem nenhuma novidade, outros autores neoconstitucionalistas entendem da mesma forma. A novidade de seu pensamento aparece na estrutura do direito, na estrutura da norma, para solucionar o problema da discricionariedade. Müller diverge da posição positivista de que a norma é apenas a sua parte linguística, para ele falta um “complemento” – a realidade fática.

Para formar a teoria da norma, para entender a fundo o que é a norma e qual seu papel, Müller percebe que não é possível investigar apenas a norma como um fenômeno autônomo, é preciso estudar ao mesmo tempo seu objeto, aquilo que ela normatiza – a realidade, os fatos sociais. Direito e realidade caminham lado a lado, não são antagônicos, não existe uma separação engessada entre o “ser” e o “dever ser”.

Por isso, norma, para o autor, não é sinônimo de texto normativo. Ela não pode ser vista só como um texto para subsumir aos fatos, essa é a forma linguística da norma, mas não a norma completa. A forma linguística, por si, não possui normatividade concreta, não tem conteúdo material (MÜLLER, 2008, p 192).

Aquilo que está contido nos códigos não são as normas jurídicas, apenas sua forma precedente, pois a norma (completa) só é produzida em cada processo, individualizada, solucionando casos reais, na decisão jurídica do intérprete (MÜLLER, 2003, p.320).

Para o autor, a interpretação linguística é só um passo intermediário na aplicação do direito, que ele denomina de “programa da norma”. Para um julgamento também há outro momento em que o intérprete acrescenta ao texto uma série de fatos relacionados, consciente ou inconscientemente. Com esses dados em mente, o julgador examina a interpretação linguística com os fatos que relacionou (MÜLLER, 2003, p.320-321).

Esses fatos devem ser documentados pelo juiz, não podem ser um *topoi* ou um juízo de oportunidade, devem ser abertamente apresentados, de forma completa e racional (MÜLLER, 2003, p.322).

Por isso que Müller (2008, p.87) sustenta que a racionalidade de uma decisão deve ser máxima, já que não tem como ser integral, total. Ele é conhecedor de que em ciências humanas será impossível que as decisões sejam sempre 100% racionais, pois não há como excluir o caráter valorativo. Logo, ao dizer “máxima”, ele pretende que o resultado da aplicação do direito (uma sentença, por exemplo) fixe claramente os critérios adotados, inclusive suas valorações, convicções e ponderações não racionalizáveis (caso elas façam parte da fundamentação que levou o magistrado a chegar a tal conclusão).

Portanto, ele se afasta de uma decisão que sob o manto da racionalidade esconda um lado subjetivo. Ele entende que pode haver um lado valorativo sim, mas que não deve ser escondido, seu uso deve ser explicado. Lógico que não é toda e qualquer valoração que uma vez exposta é aceita, ele rechaça valores que não são necessários.

Essa é a razão pela qual a norma não é apenas seu texto normativo, a objetividade que pretende o positivismo exegeta não é passível para ciências humanas, não há como ser apenas racional ao aplicar uma norma, faz parte do conhecimento humano (e, portanto, jurídico) momentos racionais e valorativos (que nem sempre são nitidamente distinguíveis).

Não há como ler uma norma sem pressupostos do leitor, até que porque esses pressupostos já estão dados com referência à linguagem utilizada na própria norma. Esses valores e pressupostos fazem parte da formação da norma, do seu texto e, naturalmente, também de seu intérprete. Assim, a ciência jurídica deve examiná-los e racionaliza-los, tanto quanto possível, a fim de expô-los claramente na decisão, sem que se lance um véu no método (MÜLLER, 2008, p 91-93). Em conclusão, a norma não é apenas seu texto, como também seus valores, pressupostos e realidade fática – interpretados de uma forma não discricionária.

A grande dificuldade do neoconstitucionalismo é justamente esse equilíbrio entre procurar o justo e não abandonar a segurança jurídica, não transformar o Judiciário em uma força sem limites em que cada juiz pode decidir o que bem entender.

## 4 DA PROPORCIONALIDADE

### 4.1 EXPLICANDO A PONDERAÇÃO E A PROPORCIONALIDADE.

Para o neoconstitucionalismo é importante que o resultado do julgamento seja justo, inobstante sua subjetividade. Para tanto, ele se vale muito da aplicação de princípios, uma vez que assim é possível obter flexibilidade interpretativa, se comparado à subsunção de regras. Portanto, os princípios ganham um protagonismo não vislumbrado em outros tempos ou por outras filosofias jurídicas.

Ocorre que, eventualmente, dois princípios opostos poderão ser aplicáveis ao caso, com resultado distinto dependendo de qual prevalecer – é a denominada colisão de princípios.

Enquanto que com as regras o conflito se resolve no campo da validade, com os princípios a colisão se resolve no campo do peso, um será otimizado e terá mais peso, ao passo que o outro será preterido, tendo menos peso àquele caso específico. Para a resolução dessa colisão, a técnica utilizada é a da ponderação. Os princípios são ponderados para se chegar à solução de qual prevalecerá em maior grau para aquele caso concreto.

Nota-se que a ponderação possui papel central na filosofia neoconstitucionalista, já que é através dela que os casos difíceis, de maior impacto, serão julgados. Alexy (1999, p.75) coloca os princípios e a ponderação como dois lados do mesmo objeto. O primeiro é o tipo teórico-normativo e o segundo o metodológico, demonstrando, assim, o prestígio da ponderação para o neoconstitucionalismo, alçada ao mesmo patamar dos princípios como peça fulcral da filosofia.

Ainda, há que se destacar que a ponderação foi desenvolvida para se chegar a um resultado racional, que não seja discricionário, buscando o justo, mas resguardando a segurança jurídica.

A respeito da discricionariedade, Streck (2013, p. 344) faz uma comparação do pensamento de Dworkin com Alexy, dois dos grandes expoentes do neoconstitucionalismo. Para Streck, o norte-americano se propôs a construir uma teoria jurídica antidiscricionária, enquanto Alexy entendeu que ela é inexorável e, para tentar coibi-la, criou um procedimento que traria maior controle para as decisões.

Interessante notar que Dworkin entende o direito como literatura, uma obra coletiva escrita por vários escritores. Assim, o julgador não pode aplicar sua vontade para cada caso, já que a

história do direito não começa com ele. Ele está escrevendo mais um capítulo em um livro que já existe e não pode mudar a história do personagem no meio do livro (STRECK, 2013, p. 361).

Dworkin faz essa analogia como se o direito fosse um romance em cadeia, ao se escrever um capítulo, não se pode esquecer o anterior. Ao decidir um caso, o juiz deve se ater ao que já foi produzido anteriormente para que sua decisão atual tenha relação com o todo (MORAIS, 2018 p.200).

Em que pese esse esforço, algumas vezes a ponderação culminará em resultados que fogem da segurança jurídica. Pior, por vezes, ao se ponderar princípios, o julgador não terá cuidado com a correta fundamentação, usando-a como mero reforço argumentativo, como será melhor detalhado ao longo do presente trabalho.

A ponderação é o modo de se resolver conflitos de princípios, utilizando-se da máxima ou regra da proporcionalidade. Muitas vezes, os termos ponderação e proporcionalidade são utilizados como sinônimos, mas na realidade proporcionalidade não passa de uma regra para se ponderar. Será visto que a proporcionalidade se subdivide em três sub-regras, sendo que a terceira é denominada proporcionalidade em sentido estrito, sendo que essa sim se preocupa verdadeiramente com a ponderação.

Adentra-se, agora, no estudo da proporcionalidade. Uma ressalva bem importante deve ser feita, em alguns textos se lê “princípio da proporcionalidade”. Segundo as distinções que já foram explicadas entre regras e princípios, em especial para Alexy, a proporcionalidade não seria um princípio e, sim, uma regra. Não haveria como ser considerada um princípio, já que a proporcionalidade não produz efeitos em várias medidas, não havendo, pois, como otimizá-la, majorando ou reduzindo seu papel quando em conflito. Ela é aplicada de forma constante, sem variação (SILVA, 2002, p. 26).

Ademais, em seu livro Alexy não utiliza o termo princípio. Em nota do tradutor Virgílio Afonso da Silva, é feita a explicação de que em alemão existe o termo “prinzip” e “Grundsatz”, que muitas vezes são traduzidos como princípios. Todavia, o primeiro estaria mais adequado a essa tradução, sendo que Alexy utiliza em toda sua obra o segundo, demonstrando que não quer chamar a proporcionalidade de princípio e sim de máxima, que seria uma tradução mais acurada do termo (ALEXY, 2011b, p.10). Dessa forma, ela será tratada como regra da proporcionalidade ou como máxima da proporcionalidade.

A proporcionalidade possui três sub-regras: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2011b, p. 116-117). Essas três sub-regras possuem uma estrutura

racional definida, elas são independentes umas das outras e devem ser aplicadas exatamente nessa ordem (SILVA, 2002, p.30).

Assim, quando se intentar aplicar a proporcionalidade a um caso concreto, primeiro deve-se verificar a adequação, depois a necessidade e só então a proporcionalidade em sentido estrito. Não se pode pular um elemento ou inverter a ordem. Esse respeito à ordem racional é o modo como a doutrina foi desenvolvida na Alemanha por Alexy. Em algumas obras de autores nacionais, no entanto, pode-se encontrar referência aos três subelementos, mas não há tanto foco na importância de se obedecer estritamente a sequência (BARROSO, 2003b, n.p), fato esse que seria um grave equívoco para Alexy.

Além de se obedecer estritamente a sequência dos três subelementos, há que se observar que, uma vez que o exame falhe em um dos elementos, não há necessidade de se passar ao próximo, pois a aplicação da proporcionalidade terminou.

Então, a proporcionalidade consiste na aplicação do exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Um elemento por vez, nessa ordem e, falhando qualquer deles, termina o exame, sem necessidade de passar ao próximo.

Digamos que em um caso concreto se chegue à conclusão que a medida é adequada, com isso, o exame do próximo subelemento, a necessidade. Caso a conclusão seja que a medida não é necessária, o exame da proporcionalidade está prejudicado. A medida deve ser rejeitada, não havendo razão para se passar ao próximo elemento.

O resultado final não pode ser um placar de 2x1, com dois elementos favoráveis e um contrário; ou os três são favoráveis e a medida é aplicada, ou, com qualquer um dos três falhando, a medida é rejeitada.

Para fins desse trabalho se entende que a ordem não possui tanta importância. Para passar no exame da proporcionalidade, é necessário que a norma não falhe em nenhum elemento, independentemente da ordem que se adote, ou seja, a norma só passará se os três elementos estiverem presentes. De qualquer forma, seguir a ordem auxilia para que ocorra um exame menos discricionário.

Cabe, igualmente, explicar no que consiste cada um dos três subelementos: a adequação verifica se a medida é apta para atingir o fim a que se pretende, é uma relação entre meio e fim. A necessidade busca observar se a solução apresentada é a menos gravosa para se alcançar o fim almejado. Por seu turno, a proporcionalidade em sentido estrito analisa o custo-benefício, se o ônus da adoção da medida justifica o benefício dela (SARMENTO, 2003, 87-89).

Quanto ao primeiro subelemento, adequação, acredita-se não haver maior discussão. É uma simples análise para verificar se a medida pretendida consegue atingir o fim a que se destina ou se consegue fomentá-lo. Por exemplo, digamos que se pretenda diminuir o consumo de drogas. Uma lei que proíba sua comercialização e uso tem o condão de atingir ou fomentar esse resultado. Não há que se discutir, nesse momento, se essa é a melhor solução ou uma solução perfeita para resolver o problema de vez, apenas que a finalidade “diminuir o consumo de drogas” poderá ser alcançada pela medida “proibição de sua venda e uso”. De outro modo, se o objetivo for a diminuição do trânsito de uma cidade, uma lei que proíba a circulação de motos não fomentará esse resultado, eis que as pessoas que as utilizam poderão eventualmente se fazer valer de carros e aumentar o trânsito. No estudo da adequação apenas se observará se o fim almejado é, ao menos, fomentado com a medida em apreço. Nota-se, utiliza-se o termo “fomentado” para demonstrar que no exame da adequação basta que a norma sob análise ajude a atingir aquele fim, não que efetivamente o atingirá.

Quanto à necessidade, existe um verdadeiro juízo de comparação. A medida proposta será comparada com outras medidas possíveis, com o fito de verificar se o resultado pretendido não pode ser alcançado por outra medida menos gravosa. A medida não deve ultrapassar os limites indispensáveis à sua consecução (BONAVIDES, 1994, p.279-281); se for possível chegar ao mesmo resultado ou outro muito próximo, com uma medida menos gravosa, não há razão para não o fazer.

Observe-se, novamente, o exemplo da diminuição do trânsito. Se o Estado propuser a proibição da circulação de carros e motos, a medida será adequada. Ou seja, proibi-los fomentará o objetivo de diminuir o trânsito. Todavia, não é uma medida necessária, pois é possível diminuir o trânsito com medidas muito menos gravosas, como o rodízio. Não que o resultado seja igual, mas sem dúvida o rodízio contribui para a diminuição do trânsito de forma extremamente menos gravosa que a proibição total de carros e motos. O estudo da necessidade realmente faz uma comparação entre as medidas possíveis (por isso trata-se de um exercício que exige que o juiz se debruce na causa).

Em alguns casos, a medida pode ser gravosa, sem, no entanto, existir outra apta para se chegar ao mesmo resultado. Foi o que ocorreu em muitas localidades no auge da pandemia do COVID-19, com o *lockdown*. É uma medida bem grave, mas se chegou à conclusão que, comparada a outras medidas, era a menos gravosa possível para se obter o resultado pretendido (salvar vidas e diminuir a propagação do vírus).

Suponha-se que, para promover o objetivo O, o Estado adote a medida M1, que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M2 que, tanto quanto M1,

seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M1, utilizada pelo Estado, não é necessária. A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto (SILVA, 2002, p. 38).

A proporcionalidade em sentido estrito, por seu turno, coloca a proposta em uma balança. Já se entendeu que a medida fomenta o fim e que deve ser a menos gravosa, agora é o caso de analisar se vale a pena implementá-la. Os ganhos dessa medida justificam os males que ela causará? No caso do *lockdown*, salvar vidas justifica a restrição à liberdade? No exemplo do trânsito, a pergunta poderia ser: para termos menos trânsito, justifica eliminarmos carros e motos e usarmos só o transporte público? Essa troca vale a pena? São essas questões que a proporcionalidade em sentido estrito busca responder.

Alexy (2005, p.573) resume a ideia ao expor que adequação e necessidade se referem as questões preponderantemente factuais, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito guarda uma perspectiva mais legal, de direito material, explicação essa que pode ser constatada pelos exemplos previamente expostos.

Note-se que, por conta da própria característica dos três subelementos, há que se cogitar a possibilidade de o resultado da ponderação ser sempre subjetivo.

Alexy (2011, p.131) já advertia que a legitimidade da ponderação depende de sua racionalidade, quanto mais o processo de aplicação dos três subelementos for racional, mais legítima será a ponderação. Fato esse que parece ser uma declaração um tanto óbvia, sendo que a dificuldade será separar a ponderação racional da não racional.

Esse risco, inclusive, já foi objeto de análise de Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 31), ao explicar que muitas vezes a proporcionalidade é usada como um *topos*, de forma unicamente retórica, sem a racionalidade e sem a correta aplicação. É justamente esse tipo de decisão que se investigará no presente trabalho.

O importante, nesse momento, é que se compreenda como funciona a proporcionalidade, quais são suas etapas e entender que, naturalmente, esse procedimento poderá causar uma decisão irracional – como advertido por Alexy e por Virgílio, dois de seus grandes defensores. Mesmo sabendo desse risco, o neoconstitucionalismo acredita que se bem aplicada ela levará a melhores julgamentos e que essa técnica tem uma grande aptidão para sempre ser empregada da melhor maneira. Nessa toada, vale observar a defesa do próprio Alexy à ponderação:

Muitos acham que a ponderação não é um procedimento racional. A possibilidade do exame de três fases mostra que o ceticismo acerca da ponderação é injustificado. Seja, para isso, lançado mais uma vez um olhar sobre o caso-tabaco e o caso-padeiro. No caso-tabaco, a intervenção na liberdade de profissão tem somente uma

intensidade muito pequena. A indústria de tabacos pode ainda ser ativa, também por propaganda. Ao fumante é tornado, como o tribunal muito bem diz, "consciente somente um fundamento de consideração que deveria, segundo o nível de conhecimento médico atual, ser universalmente consciente". As razões que justificam a intervenção, a contenção dos prejuízos relativos à saúde causados pelo fumo que, muitas vezes, têm como consequência a morte, pelo contrário, são mais graves. A ponderação conduz, portanto, quase obrigatoriamente à solução da colisão: a intervenção na liberdade da profissão é constitucional (ALEXY, 1999, p.78).

O autor enxerga os três elementos como um grande trunfo em prol da racionalidade da proporcionalidade. Todavia, ao exemplificar sua defesa demonstra, sem querer, que a ponderação possui um inegável caráter subjetivo, visto a natureza desses três elementos. Não há como analisar a proporcionalidade em sentido estrito sem uma carga valorativa, não há como colocar dois argumentos numa balança sem ser subjetivo.

Em posição oposta, Benvindo (2010, p. 136-137) entende que a proporcionalidade é uma estrutura lógica fixa, mas que isso não garante a qualidade dos argumentos nela inseridos, de modo que, por mais que haja uma estrutura, o "recheio" de argumentos podem ser absolutamente subjetivos. O problema da proporcionalidade não seria a estrutura e sim os conteúdos, os argumentos nela aduzidos, esses subjetivos.

É um contraponto interesse que suscita debates. Enquanto para Alexy a estrutura formal evita discricionariedades, para Benvindo não basta a forma ou estrutura e sim os argumentos fáticos jurídicos que forem utilizados dentro dessa estrutura. O presente trabalho adota a linha do segundo autor.

Há que se notar que, inclusive, autores neoconstitucionalistas admitem que a ponderação "envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências" (BARROSO E BARCELLOS, 2003, p.155).

Ao se colocar numa balança se o aborto deve valer para uma vítima de estupro, não há como o resultado não ser subjetivo. Será que um religioso extremista e um ativista dos direitos da mulher decidiriam da mesma forma? Não há como se afirmar que todas as pessoas decidiriam no mesmo sentido.

Fica, assim, constatada a possibilidade de subjetivismo no uso da ponderação e, posteriormente, serão abordadas as consequências desse subjetivismo.

## 4.2 – DA RAZOABILIDADE

Os termos proporcionalidade e razoabilidade costumemente aparecem juntos, tais quais se fossem sinônimos. Não é difícil observar decisões do tipo “de acordo com a razoabilidade e a proporcionalidade” (inclusive, nas colacionadas no presente trabalho), de modo que se faz necessário averiguar se há diferenças.

Este estudo investiga a proporcionalidade, não sendo seu objeto entender a fundo as raízes históricas e o uso atual e correto da razoabilidade. Todavia, para se evitar a confusão entre ambos institutos, é preciso conceituar a razoabilidade e diferenciá-la da proporcionalidade.

Em que pesem alguns textos as trazerem como sinônimas (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.165), outra parte da doutrina é taxativa em apontar que não são (SILVA, 2002, p. 28-30), sendo que esse segundo entendimento parece ser o mais correto.

O conceito ora adotado para razoabilidade é “a exigência de relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona” (AVILA, 2004, p. 371). Nesse sentido, é muito fácil confundir o termo razoável com proporcional, todavia a máxima da proporcionalidade tem uma função jurídica distinta do significado léxico de “proporcional”. Enquanto para a gramática proporcional e razoável podem ter significado semelhantes, para o estudo do direito representam institutos bem diversos.

Talvez a confusão entre ambas também se dê porque a razoabilidade aparenta, sob determinada conceituação, o sub item da adequação, presente na proporcionalidade, mas esse é apenas um de seus três elementos, de forma que a proporcionalidade é bem mais ampla do que a razoabilidade (SILVA, 2002, p. 32-33).

A ideia de razoabilidade possui raízes na busca pelo devido processo legal, podendo ser entendida como a aferição da legitimidade dos fins, numa comparação entre a compatibilidade dos meios empregados pelo legislador com os fins que almeja (SILVA, 2002, p. 33), como por exemplo se esse fim é aceito ou não pela opinião pública, se é socialmente útil ou prejudicial (PERELMAN, 1979, p. 32). Nesse sentido, uma lei que não seja razoável não pode ser admitida pelo direito.

Esse é o sentido da razoabilidade que se assemelha a ideia de adequação presente na proporcionalidade, uma investigação de se os meios são razoáveis para buscar um fim, que também deve ser razoável, moralmente aceito. As semelhanças, no entanto, param por aí, até pela origem da razoabilidade possuir traços na busca pelo devido processo legal, enquanto a proporcionalidade vem a ser utilizada em conflito de princípios.

Ademais, essa é outra diferença, uma vez que para o uso da razoabilidade não se faz necessário um conflito de princípios (ÁVILA, 2004, p 372), enquanto o clássico uso da máxima da proporcionalidade visa justamente resolver esse tipo de conflito.

Nesse sentido, se nota que a razoabilidade, em si, é um princípio – que, eventualmente, poderia ser objeto de ponderação – enquanto a proporcionalidade é uma regra, uma técnica.

Ao longo do trabalho já se foi capaz de demonstrar na prática o uso da proporcionalidade, cabendo também trazer exemplos da razoabilidade, com o fito de melhor entender sua aplicação e conseqüente distinção. Tomando-se o exemplo da imposição de uma multa: para utilização da razoabilidade, cabe ao aplicador investigar se o valor da multa guarda relação com a gravidade do ato. Não se avalia se a multa é necessária ou proporcional em sentido estrito, apenas se o valor aplicado é razoável (condizente) para punir aquele ato. Ademais, a multa pode ser razoável, mas não ser proporcional (digamos que ela não seja a melhor opção para atingir o fim que almeja, falhando no subitem da necessidade no estudo da proporcionalidade) (AVILA, 2004, p. 371).

Algumas semelhanças podem ser encontradas: ambas possuem uma certa vagueza e subjetividade. Perelman (1979, p.31) chega a dizer que algo razoável deve ser um precedente que inspire todos em circunstâncias semelhantes, como um guia, sendo essa uma característica mais universal da razoabilidade, que pode se alterar ao longo do tempo. Se entende que essa característica também é encontrada na proporcionalidade, de forma que as duas podem ser técnicas de julgamento para fugir do sentido estrito do texto legal.

Perelman (1979, p.31) chega a dar um exemplo de julgamento da Suprema Corte da Bélgica, ocorrido em 1889, que entendeu inadmissível mulheres no bar, ainda que não existissem leis a respeito, uma vez que não haveria necessidade de lei, já que era muito claro que mulheres não deveriam frequentar bares. Essa afirmação, muito clara e razoável naquele momento histórico, hoje é exatamente o oposto. É muito claro e razoável que mulheres possam frequentar bares.

Nota-se, dessa forma, que tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade mudam ao longo do tempo, conforme a evolução moral da sociedade.

De qualquer modo, ficam, assim, diferenciados ambos os institutos, que não devem ser, portanto, confundidos.

### 4.3 - DA ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS

Iniciar-se-á o estudo de como se dá a aplicação da proporcionalidade concretamente no Supremo Tribunal Federal, com o fito de se analisar se o instituto é usado a contento ou apenas como suporte argumentativo (revestido de falta de fundamentação).

No item seguinte, serão vistos os prejuízos da má utilização da proporcionalidade, mas antes disso, imperioso verificar se em alguma medida ela é má empregada ou se é sempre usada como deveria ser.

Para tanto, foi realizada a pesquisa nos seguintes moldes. Foram filtrados todos os processos de 13/09/2018 até 31/12/2019 em que aparecia o termo “proporcionalidade” no acórdão. A filtragem dos casos se deu pelo uso do sistema de consultas processuais do próprio site do STF, enquanto o período foi escolhido a partir do início da presidência do Ministro Dias Toffoli, até o término do ano de 2019, sendo uma pesquisa de um ano e três meses que se acredita suficiente para uma larga quantidade de resultados.

Ademais, a pesquisa foi realizada no portal do STF no dia 03/01/2020, às 15h24min e o resultado completo se encontra no apêndice B desse trabalho.

Foram achados 58 acórdãos com o termo “proporcionalidade” no período exposto. A primeira providência foi separar os casos “prejudicados”, dos casos que poderiam ser usados para a presente pesquisa.

Julgaram-se prejudicados os casos em que o termo aparecia em outro contexto (que não da máxima da proporcionalidade), bem como os casos em que ocorria apenas em alguma jurisprudência colacionada ao acórdão, mas que não se perfazia no objeto do julgamento daquele caso. Ainda, foram excluídos os embargos de declaração que foram rejeitados por faltar um de seus requisitos, inobstante terem o termo proporcionalidade, já que seu julgamento se deu por um requisito processual e não pelo mérito da discussão, como também se excluíram agravos regimentais decididos por questões processuais.

Dessa forma, dos 58 casos, foram definidos como prejudicados 43, restando 15 casos para análise efetiva.

A primeira conclusão a que se pode chegar é que, no período, poucos casos foram julgados pautando-se pela proporcionalidade, sendo esse um instituto que, quantitativamente, aparece em raras oportunidades.

Essa pouca utilização não significa, necessariamente, que o instituto não tenha importância. Isso porque podem se tratar de casos relevantes, com influência sobre outros processos,

mediante formação de jurisprudência. A título exemplificativo, digamos, hipoteticamente, que a prisão em segunda instância fosse julgada com base na proporcionalidade. Seria um só caso, mas como jurisprudência ou afeto pelo sistema do repetitivo, poderia implicar em milhares de outras decisões. Então a baixa frequência da proporcionalidade não significa que ela não seja relevante, pelo contrário, indica que possivelmente é utilizada em “hard cases”.

Dos 15 julgados restantes, a metodologia utilizada consistiu em dividi-los em dois grupos: aqueles em que a proporcionalidade foi aplicada com a devida fundamentação (conforme esboçada por Alexy) e aqueles em que isso não ocorreu. Utilizou-se como critério diferenciador o fato de os Ministros se valerem dos subelementos e justificarem como chegaram à conclusão, sem que houvesse o uso genérico dos termos. Essa análise se deu pela leitura integral dos votos. Os grupos não foram separados conforme nossa visão pessoal, de concordância ou não com a resolução do caso, mas sim por possuírem o mínimo de fundamentação necessária ao se julgar um processo ou não.

O resultado obtido foi: sete casos classificados como corretamente aplicada a proporcionalidade e oito como incorretamente<sup>20</sup>. O resultado demonstra certa preocupação, eis que em 53,33% dos casos não há a devida aplicação e consequente fundamentação do instituto. São decisões imotivadas quanto à proporcionalidade, em que o julgador não determina como chegou a dado resultado.

Tendo em vista que o período analisado representa pouco mais de um ano, o resultado é um tanto quanto alarmante. Em aproximadamente um ano e três meses 53,33% dos casos que invocam a proporcionalidade foram julgados sem fundamentação adequada.

Dos casos classificados como devidamente fundamentados, aparecem dois casos do Ministro Luís Roberto Barroso, dois casos do Ministro Alexandre de Moraes, e um para os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Luiz Fux. Quanto aos casos classificados como indevidamente fundamentados, Gilmar Mendes relatou três, os Ministros Alexandre de Moraes e Rosa Weber dois, enquanto Luiz Fux apenas um.

Nota-se que Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Luiz Fux aparecem nas duas listas, tendo alguns casos bem explanados e outros não.

---

<sup>20</sup> A listagem dos casos aparece na íntegra no apêndice B.

### 4.3.1 Casos devidamente fundamentados

Num primeiro momento, serão detalhados os casos em que se considerou que o requisito de fundamentação foi cumprido. Será possível notar que nem todas as fundamentações são as mais amplas e bem feitas possíveis, todavia cumprem a obrigação legal.

O primeiro caso cuida-se da arguição de descumprimento de preceito fundamental 449 DF (BRASIL, 2019), de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que se analisava norma proibindo o transporte remunerado de passageiros por aplicativos. Após trazer julgados do Tribunal Constitucional Alemão, Fux enfrenta as submáximas da proporcionalidade,

Sob o prisma da análise de proporcionalidade, a norma que veda o “uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas” não é necessária e nem adequada para reduzir custos de transação ou assimetrias de informação no mercado de consumo. Pelo contrário, a referida proibição impõe um alto custo social, em termos de preço e qualidade de serviços ao consumidor, oportunidades de trabalho, dinamismo da economia etc., sem qualquer benefício coletivo em contrapartida (BRASIL, 2019, p 50).

Para o Ministro, o exame da proporcionalidade da lei sob julgamento já falha no exame da adequação, razão pela qual a análise já poderia parar por aqui, em que pese o Ministro também ter feito o estudo da necessidade.

De qualquer forma, ainda na análise da adequação, segue que “não se justificaria a medida sob o prisma da adequação, ante a existência de dados apontando que os novos entrantes não provocaram impacto significativo na renda dos agentes tradicionais do setor econômico em apreço” (BRASIL, 2019, p.61).

Destarte, o Ministro alega que os aplicativos de transporte não provocarão impacto significativo na renda de taxistas. Para testar sua adequação, há que se verificar se a proibição desse transporte fomenta o resultado pretendido (que o Ministro enfocou como “ressalvar os lucros dos taxistas”). Pelo argumento trazido, de que estudos comprovam que a proibição ou permissão de transporte por aplicativo não afeta a renda de taxistas, a norma realmente não é adequada. Nesse sentido, agiu com acerto o Ministro Fux, em que pese o fato de que tais estudos devam ser analisados com visão crítica.

O Ministro ainda complementa a análise da necessidade considerando arbitrárias (por parte do Estado) medidas que limitem liberdades fundamentais, como a livre iniciativa e o exercício da profissão. E mais, para que possam existir normas assim, de rigor que elas produzam benefícios sociais maiores do que os prejuízos que causam, de modo que só então seriam necessárias (BRASIL, 2019, p.57).

Luiz Fux enfrenta o tema e expõe como chegou ao resultado, razão pela qual entende-se como devidamente fundamentada sua decisão.

No habeas corpus 127573 SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2019a), é apresentada a doutrina alemã a respeito da proporcionalidade e também seus subprincípios. A parte da teoria é feita com maestria pelo Ministro, que explica muito bem a doutrina. No momento de aplicá-la, o voto é sucinto, mas de fato enfrenta o problema.

Gilmar Mendes entende que a pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão não é adequada, nem necessária, para repelir o tráfico de drogas para uma pessoa que porta apenas 1g de maconha (já que não protege o direito fundamental de maneira ótima). Nem haveria necessidade de enfrentar a proporcionalidade em sentido estrito, mas o Ministro ainda tece alguns comentários: “em um controle da proporcionalidade em sentido estrito, ainda, salta aos olhos a desproporcionalidade do oferecimento de tal pena” (BRASIL, 2019a, p. 3). Aqui a fundamentação é irrisória, não bastaria alegar que salta aos olhos a desproporcionalidade, necessária se faria a correta explanação. De qualquer forma, esse caso foi tido como fundamentação a contento já que foi devidamente fundamentada a adequação e necessidade, oportunidade em que já foi possível se chegar ao resultado do julgamento.

Na ação direta de inconstitucionalidade 5.139, do Estado de Alagoas (BRASIL, 2019b), de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, pleiteava-se a inconstitucionalidade de lei que previa a obrigatoriedade de um número mínimo de cadeiras adaptadas para alunos com deficiência.

Ao aplicar a proporcionalidade, a Ministra explanou seu conceito, bem como das três submáximas, fazendo suas análises. O exame terminou na necessidade, visto que com sua rejeição, prescindível a análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Revela-se desnecessária, entretanto, a determinação de que o número de cadeiras adaptadas correspondesse no mínimo ao número total de alunos regularmente matriculados em cada sala, com deficiência ou não. Isso porque o fim visado pelo diploma legal poderia ser alcançado se o número mínimo de cadeiras adaptadas correspondesse apenas à quantidade de estudantes com deficiência. A interpretação de que o dispositivo legal teria determinado a disponibilização de cadeiras adaptadas a todos os alunos regularmente matriculados em cada sala mostra-se, portanto, incompatível com o princípio da proporcionalidade, pois, embora adequada a promover a finalidade almejada, impõe obrigação onerosa desnecessária aos estabelecimentos de ensino (BRASIL, 2019, p.9-10).

Trata-se de um exame muito bem feito. A Ministra deixa claro que a medida é adequada, mas não necessária, fazendo a comparação com outra medida que entende que atingirá o mesmo fim, mas com menores prejuízos. Esse julgamento demonstra que a Ministra realmente analisou o tema, se deteve em buscar outras alternativas ao analisar a necessidade e obteve êxito em achar medida menos gravosa.

Aqui, nota-se como uma decisão bem fundamentada pacifica a questão. As partes podem até discordar da Ministra, mas entendem suas razões e sabem que é uma conclusão possível.

Dando-se prosseguimento aos casos sob análise, na ação direta de inconstitucionalidade 5.720, da Bahia (BRASIL, 2019c), de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, buscou-se a inconstitucionalidade da lei 12.373/2011, do Estado da Bahia, que atrelou o valor de custas judiciais ao valor da causa, mediante uma tabela não muito equilibrada.

Ao enfrentar o tema, o Ministro entendeu que a lei não passou no controle da adequação, já que a tabela de custas feriria o acesso à justiça. Assim, a lei não atingiria o fim a que se destina, qual seja, de que o valor cobrado de custas fosse o adequado perante o serviço prestado, uma vez que pela tabela o valor seria muito elevado para alguns casos, comprometendo o acesso à justiça (BRASIL, 2019c, p.14). Se a finalidade da lei é um justo acesso do cidadão ao Judiciário, a tabela desigual não proporciona isso, falhando quanto à adequação. O Ministro não precisou, assim, passar ao estudo dos próximos elementos para decidir de forma bem fundamentada. Nesse caso, a medida também falharia no exame da razoabilidade, até pelo fato de razoabilidade e adequação serem parecidas.

Já a ação direta de inconstitucionalidade 3.995, do Distrito Federal, relatada pelo Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2018), versa a respeito do depósito prévio em ação rescisória na Justiça do Trabalho.

A questão da proporcionalidade foi trazida pelas partes ao julgamento e o Ministro não se furtou de comentá-la, explicando cada um dos subelementos e expondo as suas razões de julgamento.

Por fim, também não há violação ao princípio da proporcionalidade. A medida é adequada à consecução do fim a que visa: a criação de incentivos a um nível adequado de litigância. É necessária porque seu objetivo de desincentivar ações rescisórias aventureiras e pedidos descabidos não seria passível de obtenção com uma providência diversa. Por fim, a medida não onera desproporcionalmente o acesso ao Judiciário. O percentual de 20% sobre o valor da causa não representa uma medida demasiadamente onerosa, considerado o proveito perseguido. E mais: o depósito realizado pelo autor da ação rescisória somente será revertido a favor do réu caso o pedido seja julgado improcedente, conforme vem sendo interpretado o dispositivo pelo Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2018, p.8).

Ainda que sucinta, a argumentação é precisa e cumpre os requisitos legais de fundamentação das decisões, afastando eventual discricionariedade do julgamento.

Em outro caso de relatoria do Ministro Barroso, a arguição de descumprimento de preceito fundamental 541 (BRASIL, 2018a), do Distrito Federal, se discutiu a perda do título de eleitor pela não revisão eleitoral (procedimento administrativo para verificar se os eleitores cadastrados em determinada zona realmente residem lá e se seus títulos são regulares – é uma

revisão do alistamento eleitoral realizada no momento em que o cidadão obtém o título de eleitor), bem como se esse fato poderia ferir o direito ao voto. Nele, o Ministro detalhou o significado de cada um dos três subelementos e os enfrentou. De fato, nesse caso ficou até mais fácil a fundamentação já que a própria parte o fez.

De qualquer forma, o Ministro dedicou quatro parágrafos apenas para tratar da necessidade, podendo ser resumido da seguinte forma:

O requerente defende, ainda, que o cancelamento do título viola o princípio da proporcionalidade, na vertente da necessidade. Reconhece que o cancelamento é medida apta a evitar fraudes, mas alega que a providência é desnecessária porque existe medida menos gravosa que permite alcançar o mesmo resultado. A medida alternativa invocada pelo requerente é a intimação prévia do eleitor que não respondeu à convocação para a biometria, para que compareça à Justiça Eleitoral e proceda à biometria (BRASIL, 2018a, p. 12).

Ainda, se utilizou de outros quatro parágrafos para tratar da proporcionalidade em sentido estrito, atacando cada um dos argumentos que a parte trouxe nesse tema. Demonstrou o Ministro, assim, que a manutenção do instituto acarretaria o ganho de prevenção de fraude, que seus benefícios não eram irrisórios comparados ao mal causado (de onerar um eleitor hipossuficiente), bem como que não há evidências de que os títulos cancelados não eram efetivamente irregulares (já que o principal princípio que colide seria o direito ao voto, que uma pessoa poderia perder ilegitimamente pelo simples fato de não se submeter à revisão eleitoral) (BRASIL, 2018a, p.13).

O último caso bem fundamentado desse levantamento trata-se da ação direta de inconstitucionalidade 4.988, do Tocantins, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes (BRASIL, 2018b), de temática ambiental a respeito de norma estadual que autoriza edificação particular em área de preservação permanente.

No que tange à adequação, entendeu o Ministro que a norma não atingia a finalidade almejada, que seria a de promover o lazer, já que esse lazer seria adstrito a pouquíssimas pessoas que teriam propriedades de imóveis localizados à beira de cursos d'água, região que a norma permitiria edificação. Em que pese à análise feita, que já poderia terminar na adequação, o Ministro discorre ainda sobre a proporcionalidade em sentido estrito, alegando que a construção de casas e o direito ao lazer dessas poucas pessoas não tem peso para restringir o direito ao meio ambiente de uma coletividade de pessoas. A argumentação do relator é direta ao ponto e cumpre bem o requisito da fundamentação, de maneira clara e objetiva ele explana por qual razão entende que a norma não é adequada e nem proporcional em sentido estrito.

### 4.3.2 Casos sem a devida fundamentação

Dos casos em que a fundamentação não atingiu os requisitos mínimos, inicia-se com a reclamação 33.711 (BRASIL, 2019d), de São Paulo, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, em que se discutia um caso em que a polícia adentrou em uma residência munida de mandado de busca e apreensão, mas realizou interrogatório no local, sem informar aos interrogados a respeito do direito ao silêncio. Ainda, foi exigido pela polícia o fornecimento de senha de acesso ao celular, fato esse que não constava do mandado.

No voto, o Ministro faz ampla fundamentação do direito ao sigilo de comunicação, resolvendo a questão sem a necessidade de se apoiar na proporcionalidade. Todavia, o Ministro quis trazer a proporcionalidade para reforçar sua tese, mas a apresentou de maneira superficial:

Por esses motivos, também observo a inconstitucionalidade e a ilegalidade da busca e apreensão judicial do aparelho celular do reclamante, sem a existência de prévia e fundamentada decisão judicial que demonstrasse a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida (BRASIL, 2019d, p.14).

Observa-se que a proporcionalidade foi usada de forma genérica, sem detalhamentos acerca da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida em análise. Não se explana quais os princípios em conflito, nem porque a medida seria ou não adequada para chegar em algum fim, nem quais outras alternativas quando do exame da necessidade. Apenas foi dito que os requisitos não se encontram presentes, sem maiores explicações. Veja, nem a expressão “por esses motivos” se refere à análise da proporcionalidade, ela se refere a outros argumentos do julgado que não a aplicação do instituto.

Na sequência, será analisada a ação direta de inconstitucionalidade 5.243, do Distrito Federal, relatada pelo Ministro Alexandre de Moraes (BRASIL, 2019e), em que se buscou a inconstitucionalidade da lei 13.060/2014, a qual regulamentou o uso de instrumentos de menor potencial ofensivo por parte de agentes de segurança.

Durante os votos, por vezes, se percebe a utilização da proporcionalidade, mas sem as necessárias explicações, como por exemplo no voto vista do Ministro Edson Fachin: “Já os vícios materiais decorrem da ofensa (i) ao dever do Estado de preservar a ordem pública e (ii) ao princípio da proporcionalidade” (BRASIL, 2019e, p.15).

No mesmo voto, mais adiante:

Tal como já se expôs ao afastar os vícios formais, a lei aqui impugnada limita-se a acolher parcialmente as obrigações que decorrem da própria proteção ao direito à vida. Entre elas, está a de impedir que qualquer pessoa seja arbitrariamente dela

privada. A arbitrariedade é aferida de forma objetiva, por meio de padrões mínimos de razoabilidade e proporcionalidade e do uso de padrões internacionais de referência. Essa interpretação não decorre apenas da cláusula material de abertura (art. 5º, § 2º, da CRFB), mas também da própria decisão da Corte Interamericana em recente precedente" (BRASIL, 2019e, p. 19).

O Ministro Barroso segue na mesma linha ao aferir:

Presidente, eu vou pedir todas as vênias ao eminente Relator para acompanhar a divergência, por entender que a lei impugnada apenas estabelece diretrizes gerais para o uso de armas de fogo em âmbito nacional, de acordo com critérios de proporcionalidade que considero razoáveis" (BRASIL, 2019e, p. 25).

Embora várias vezes citada, a proporcionalidade não é fundamentada. Quais os critérios utilizados nesses votos para o exame da proporcionalidade? Por que os vícios materiais decorrem de ofensa à máxima da proporcionalidade? Por que não há padrão mínimo de razoabilidade e proporcionalidade? É vaga a utilização do instituto e o dever de fundamentar, importantíssimo para dar legitimidade democrática às decisões do Judiciário, não se verifica. Passa-se, agora, a análise dos embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade 3.306, do Distrito Federal, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2019f), que, em que pese tratarem-se de embargos de declaração, foram incluídos no presente estudo uma vez que acolhidos. Na ação direta de inconstitucionalidade de origem desses embargos, se julgou uma lei inconstitucional com efeitos *ex tunc* e os Embargos tentaram modificar os efeitos para *ex nunc*. Assim foi a fundamentação da proporcionalidade:

Como se sabe, o princípio da nulidade continua a ser a regra. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista a análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, a não aplicação do princípio da nulidade das normas inconstitucionais há de se basear em fundamento constitucional próprio. No caso em análise, não vislumbro razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que esta só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (BRASIL, 2019f, p.8).

Novamente, a fundamentação da proporcionalidade não é suficiente. O resto do acórdão pode estar perfeitamente fundamentado, mas a proporcionalidade não. Pelo trecho destacado ou pela leitura integral do voto não se compreende a *ratio decidendi* da proporcionalidade, o seu conteúdo é vago.

Já na ação direta de inconstitucionalidade 4.406 (BRASIL, 2019g), do Distrito Federal, relatada por Rosa Weber, se impugnou uma lei que estabeleceu requisitos de afastamento de servidores para participarem de programas de pós-graduação, sob o prisma de que isso feriria a autonomia universitária. A proporcionalidade foi trazida aos autos pela parte e a Ministra precisou se manifestar, o fazendo dessa forma:

Isso porque o afastamento para participação de programa de pós-graduação *stricto sensu* é concedido no interesse da Administração, *in casu*, a universidade ou a instituição de ensino superior a que pertença o professor. Os prazos mínimos de pelo menos três anos, para mestrado, e quatro, para doutorado e pós-doutorado, foram assinalados a fim de permitir a prerrogativa legal apenas aos professores estáveis, resguardando-se o interesse público ao submeter a concessão do aprimoramento acadêmico somente após a avaliação de desempenho realizada por comissão específica, como ditado pelo art. 41 da Constituição da República.

Entendo que a distinção da exigência do tempo mínimo entre, de um lado, mestrado (três anos), e, do outro, doutorado e pós-doutorado (quatro anos), foi estabelecida de forma razoável e proporcional também à majoração do período de duração da pós-graduação respectiva.

Proporcional, portanto, uma vez adequada, necessária e, mormente porque atendida proporção entre meio e fim (proporcionalidade em sentido estrito), a previsão legislativa relativa ao tratamento da concessão do afastamento em alusão (BRASIL, 2019g, p.21).

A argumentação trazida não guarda qualquer relação com a proporcionalidade. A Ministra vinha elencando uma boa argumentação e, repentinamente, incluiu a proporcionalidade. Mas percebe-se que não se explica a razão de ser adequada ou inadequada, necessária ou não. A Ministra diz entender que a distinção da exigência do tempo mínimo de três anos para mestrado e quatro para doutorado é razoável e proporcional, mas não explica o motivo de entender assim. Não basta a Ministra entender que é proporcional, deveria ter explicado detalhadamente o processo mental que a fez chegar a tal conclusão.

No fim, ainda se coloca que é proporcional, posto que adequada, necessária e que se atendeu a proporção entre meio e fim, o que a Ministra chama de proporcionalidade em sentido estrito. Mas a questão que fica é, qual é a proporção entre meio e fim? Por que ela foi atendida? Até a construção da frase fica um pouco ambígua, já que a relação entre meio e fim é muito mais próxima da adequação do que da proporcionalidade em sentido estrito. Essa última seria uma análise dos ganhos versus os prejuízos.

Na sequência, será vista a ação direta de inconstitucionalidade 4.974 (BRASIL, 2019h), do Distrito Federal, também de relatoria da Ministra Rosa Weber, um julgamento importante em que se discutiu a inconstitucionalidade de um artigo do Código Penal. Trata-se do artigo 377-A, que versa a respeito da sonegação de contribuição previdenciária.

No que tange à proporcionalidade, novamente ela não foi bem fundamentada. Não há uma explicação abrangente, efetivando o raciocínio proposto por Alexy ao se aplicar a proporcionalidade.

Nesse voto, se percebe que as conclusões alcançadas, ainda que corretas, não possuem um lastro de motivação. É como se chegasse a uma conclusão por ser certa e pronta.

A título exemplificativo, a Ministra propõe que o “teste da proporcionalidade pode ser concretizado, por exemplo, mediante uma comparação do crime de sonegação de contribuição

previdenciária [...] com o de apropriação indébita previdenciária” (BRASIL, 2019h, p.7). Pois bem, como resultado desse teste que a Ministra se propõe a fazer, ela aduz:

Da leitura da tipificação dos dois crimes, percebe-se que, como requisito para a extinção da punibilidade do agente da apropriação indébita previdenciária, diferentemente do quanto disposto no que atine à sonegação de contribuição previdenciária, exige-se, além das espontâneas declaração, confissão e prestação das informações, seja efetuado o pagamento das contribuições, importâncias ou valores. Embora ambos os tipos proscravam condutas voltadas à evasão tributária e à lesão ao patrimônio público, a distinção de tratamento jurídico é justificada pelo fato de, no crime de apropriação indébita previdenciária, o agente já dispor dos valores que recolheu dos contribuintes e, indevidamente, deixou de repassar aos cofres da Previdência Social (BRASIL, 2019h, p.9).

Pergunta-se, onde está a proporcionalidade? Chegou-se a uma conclusão sem a devida explicação. A fundamentação até poderia ser base para o julgamento, mas não sob o prisma da proporcionalidade. Não há qualquer menção ao que seria a adequação, necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito, mas mesmo assim a Ministra arremata com a mesma frase do caso anterior:

Proporcional, portanto, uma vez adequada, necessária e, mormente porque atendida proporção entre meio e fim (proporcionalidade em sentido estrito), a diferença legislativa no tratamento da extinção da punibilidade entre os dois crimes – e, por consequência, entre os demais tipos penais elencados pelo requerente (BRASIL, 2019h, p.9).

Passa-se, agora, para o próximo caso, de relatoria do Ministro Luiz Fux, a ação direta de inconstitucionalidade 3.145, do Distrito Federal, (BRASIL, 2019i) que trata de lei que criou cargos em comissão e função gratificada. O Ministro chega a explicar que a proporcionalidade é desdobrada em três etapas, mas não operacionaliza essas etapas.

Tendo em vista que os cargos comissionados pressupõem função de direção, é natural que os servidores ocupantes de tais cargos exerçam a chefia de equipes de servidores concursados, ocupantes de cargos efetivos, de forma que o número daqueles deve ser consideravelmente inferior ao número destes. Caso contrário, estará configurada ofensa ao princípio da proporcionalidade, pelo afastamento indevido do princípio do concurso público. Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados desta Corte (BRASIL, 2019i, p.9).

A falta de fundamento está no seguinte ponto, por que caso contrário estará configurada ofensa ao princípio da proporcionalidade? O Ministro não explica como chegou a essa conclusão. O trabalho do julgador, por mais que seja um Ministro do órgão de cúpula do Judiciário, é o de fundamentar sua decisão, é uma obrigação de sua função que não pode ser abrandada pelo seu cargo ou importância. Essa decisão, portanto, não está fundamentada.

Em outro caso, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, a ação direta de inconstitucionalidade 1.724, do Rio Grande do Norte (BRASIL, 2019j), tem-se uma discussão a respeito de lei de desestatização. O problema é semelhante; o voto cita a doutrina, explica o que é

proporcionalidade, mas não detalha como chegou ao resultado, simplesmente decide que a norma não feriu a proporcionalidade. A razão não é exposta no voto.

Não adianta fazer uma perfeita e exaustiva explicação do que é a proporcionalidade (abstratamente), se o julgamento do caso concreto somente consistir em dizer se simplesmente a fere ou não. É necessário sair do plano abstrato e explicar o caso concreto, dizer qual a razão daquele julgamento. Que elemento levou a concluir que cumpriu ou não os requisitos. Ferir ou não a proporcionalidade é a conclusão, o destino, fundamentar é demonstrar o caminho para esse destino.

Nesse caso, após toda explicação teórica da proporcionalidade e de como os Tribunais Alemães a aplicam, o Ministro simplesmente assentou:

Diante desse cenário, in casu, não verifico qualquer desproporcionalidade ou irrazoabilidade na legislação impugnada, frente a necessidade de “reordenar as atividades do Estado na área econômica”; “contribuir para a redução da dívida pública do Estado e conseqüente saneamento de suas finanças”; “estimular a livre concorrência”; e “promover investimentos visando a reestruturação da administração pública, com o objetivo de ampliar e aperfeiçoar a sua atuação nas funções públicas essenciais, em especial nas áreas de educação, segurança e saúde pública, inclusive saneamento básico” (BRASIL, 2019j, p.6).

Houve um verdadeiro salto entre a teoria e a conclusão. O meio termo, os caminhos percorridos para se chegar a essa conclusão, não foram postos no papel, razão pela qual a decisão não é fundamentada.

O último caso a ser discutido é a ação direta de inconstitucionalidade 5.044 (BRASIL 2018c), do Distrito Federal, com Alexandre de Moraes como Ministro relator. A discussão dos autos referia-se a uma restrição de altura prevista no concurso de bombeiros militares, impugnando-se que essa restrição não deveria valer para capelães e oficiais bombeiros militares de saúde, uma vez que a altura não importaria nessas funções tal qual para um bombeiro brigadista. A proporcionalidade foi aqui utilizada simplesmente como um reforço argumentativo, para “fortalecer” a decisão, de modo genérico junto com outros princípios.

Outrossim, ressalte-se que não há ofensa aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência ou da proporcionalidade em relação ao restante da carreira de bombeiro-militar, na medida em que a norma impugnada, por se mostrar condizente com as atribuições desempenhas pelos seus destinatários, é compatível com o texto constitucional (BRASIL, 2018c, p.4).

A proporcionalidade foi mais um item usado na decisão, sem qualquer fundamentação mínima. Um mero reforço aos outros argumentos trazidos nos autos. Veja, não que toda a decisão não seja bem motivada. O restante da decisão cumpre bem os requisitos de fundamentação, apenas o uso da proporcionalidade, essa, sim, com ausência de fundamentação, é o que se questiona. Seria melhor que a sentença não se utilizasse desse

reforço argumentativo da proporcionalidade, ao invés de o fazer imotivadamente. Se o juiz entende que sua decisão ainda não está completa, que precisa da proporcionalidade para justificar seu voto, que o faça devidamente fundamentado, evitando uma decisão que pode se revestir de discricionariedade.

### 4.3.3 Resultados

Destarte, pelos casos analisados, concluiu-se ser insatisfatória a quantidade de vezes que a fundamentação foi bem realizada ao se utilizar a proporcionalidade para o julgamento, em especial, em se tratando do órgão de cúpula do Poder Judiciário. Em metade dos casos, a fundamentação foi classificada como satisfatória, sendo esse um número baixo para a importância do tema.

Pela transcrição dos trechos destacados dos votos se nota, nitidamente, a distinção entre um caso em que se esmiuçou a fundamentação para um em que a proporcionalidade foi usada como apoio, mero reforço. Naqueles classificados como bem fundamentados não existem dúvidas de como esse ou aquele Ministro chegou ao resultado, pois seu pensamento foi lógico, racional e bem explicado para o leitor. Já nos casos sem fundamentação, há a sensação de que a decisão é discricionária, de que aquele Ministro acha tal caminho melhor e assim o decide, sem que os cidadãos possam ter segurança de que no futuro as decisões serão iguais.

E mais, não é apenas o levantamento feito no presente trabalho que chega a esse resultado. Nesse sentido, também pode-se apontar que Moraes (2018, p. 125-185) realizou uma pesquisa no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal pelo termo “princípio da proporcionalidade”, com recorte temporal de 07/07/2002 até 07/07/2012, encontrando 189 decisões, que passou a analisar, obtendo resultados que caminham no mesmo sentido dos aqui expostos.

O Autor utiliza uma metodologia distinta, não classificando os casos como devidamente fundamentados ou não, bem como o termo pesquisado “princípio da proporcionalidade” excluirá do resultado aqueles votos em que o Ministro não denomina a proporcionalidade de “princípio”, fato esse mais acertado segundo a teoria de Alexy. De qualquer forma, suas conclusões são válidas também para o presente estudo.

Num primeiro ponto, o autor não vislumbrou que os Ministros tenham identificado quais os princípios que colidiam, bastando que eles apresentassem um único princípio para fazer uso

da proporcionalidade, o que seria um equívoco no modo de aplicá-la (MORAIS, 2018 p.181). Outrossim, também concluiu que, em geral, não é feita a devida análise das submáximas, em especial da proporcionalidade em sentido estrito (MORAIS, 2018 p.181).

Outra conclusão que chama a atenção merece ser transcrita para melhor entendimento:

Geralmente nas decisões que aplicam penalidades, no âmbito penal ou administrativo, mas não se restringindo a esses casos, o princípio da proporcionalidade exerce uma *força performática*, apontando para a correção do resultado obtido. É nesse contexto que surge a expressão “a pena é proporcional” ou “a pena atende ao princípio da proporcionalidade (MORAIS, 2018, p.182).

Esse é o uso genérico destacado anteriormente, sem uma fundamentação que sustente a proporcionalidade. O julgador simplesmente a invoca para reforçar seu voto, como se fosse um argumento a mais. Todavia, não se trata da quantidade de argumentos e, sim, de sua exaustiva e correta fundamentação. De maneira geral, Morais (2018, p. 182) ainda concluiu que o seu uso não está alinhado com a teoria desenvolvida por Alexy.

À guisa de conclusão, entende-se que a máxima da proporcionalidade não vem sendo usada a contento pelo Supremo Tribunal Federal. Ressalva seja feita, em quase metade dos casos que foram analisados houve a devida fundamentação, mas o fato de pouco mais da metade dos casos não serem fundamentados (sendo a proporcionalidade utilizada apenas como reforço argumentativo) demonstra que há a necessidade de melhorar o seu uso por parte do Poder Judiciário.

#### 4.4 CONSEQUÊNCIAS E CRÍTICAS: OS RISCOS

Uma vez que se verificou, nos tópicos anteriores, que em grande medida a proporcionalidade não é aplicada de maneira correta, imperioso se faz estudar os riscos e consequências de seu mau uso.

A hipótese no presente trabalho não se relaciona ao fato de se criticar ou defender o uso da proporcionalidade. Parte-se do pressuposto de que de fato ela é aplicada, para se verificar de qual modo é aplicada (corretamente ou não), só então se explorando os riscos de eventual má aplicação.

Para fins didáticos, serão separadas em subcapítulos as principais críticas apontadas pela doutrina, analisando-as individualmente num primeiro momento para, oportunamente, chegar-se a uma conclusão com o conjunto dessas críticas.

#### 4.4.1 Excesso de constitucionalização do direito

De início, imperioso tratar da crítica ao excesso de constitucionalização do direito, a abundância do uso da Constituição para resolver questões que tradicionalmente seriam relegadas para outras áreas do direito, inclusive para o direito privado. Sarmento (2009, p.24) denomina esse fenômeno de panconstitucionalização do direito.

Não se olvida que a Constituição, como norma superior, regula e fornece a direção do Estado como um todo, devendo ser observada e respeitada pelo sistema jurídico. Não é nesse ponto em que reside a crítica da panconstitucionalização do direito e sim no fato de que a “constitucionalização louvada e defendida pelo neoconstitucionalismo é aquela que parte de uma interpretação extensiva e irradiante dos direitos fundamentais e dos princípios mais importantes da ordem constitucional” (SARMENTO, 2009, p. 37) quando o faz em excesso.

A reprovação reside na defesa da aplicação da Constituição em um caso que, por exemplo, tenha solução prevista taxativamente no Código Civil. Esse uso excessivo da Constituição, afetando até o direito privado, é que deve ser analisado com parcimônia.

Não se pode pretender a resolução de qualquer demanda como se só houvesse a Constituição, sem levar em conta a segurança jurídica do direito positivado.

Nesse contexto, Galvão (2014, n.p) expõe que o problema da constitucionalização do direito piora com o uso discricionário da proporcionalidade, uma vez que o intérprete pode manipular os valores para amoldar a decisão à sua preferência, às vezes contra a previsão de outro diploma.

É um verdadeiro cheque em branco para o julgador que, facilmente, pode se valer de um princípio constitucional para mudar o resultado de um julgamento, externando enorme insegurança jurídica.

Um magistrado poderá se valer do princípio da dignidade humana para negar o despejo de um idoso inadimplente de contrato locatício, ou para condenar um plano de saúde a uma cobertura não contratada, com o fito de salvar uma vida.

Pode ser uma decisão justa do ponto de vista moral, mas as consequências para o sistema são danosas. E se as imobiliárias não locarem mais para idosos, entendendo que eles não serão despejados? A segurança jurídica é um tema que deve ser caro para qualquer Estado.

Com efeito, quem defende que tudo ou quase tudo já está decidido pela Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por consequência, a autonomia política ao povo para, em cada momento da sua história, realizar as suas próprias escolhas. O excesso de

constitucionalização do Direito reveste-se, portanto, de um viés antidemocrático (SARMENTO, 2009, p. 38).

Galvão (2014, n.p) vai além, demonstrando que os juízes podem fazer política com atividade jurisdicional. A Constituição é também um documento político e caso seja utilizada para resolver uma questão de direito privado, o resultado pode ser uma decisão de política pública, que não incumbe ao Judiciário.

Tem-se, pois, a situação totalmente atípica de um indivíduo, o juiz, não eleito, que toma uma decisão que faz política pública, sem se valer das leis criadas pelo legislador, por mero capricho e vontade. Por isso, defende-se a necessidade de fundamentação. Se o juiz pretender usar um princípio para afastar uma regra, deverá fazê-lo dentro da legalidade e com a fundamentação devida, evitando essa usurpação de competência.

Essa discussão abre campo para um novo tópico, qual seja, do caráter antidemocrático da decisão não fundamentada.

#### **4.4.2 O caráter antidemocrático**

Um grave risco que se corre ao decidir com base na proporcionalidade como mero *topos* argumentativo, ou seja, sem a devida fundamentação, é que a decisão não seja democrática.

Ficou claro que o Judiciário é uma função do poder que, por mais que seus membros não sejam eleitos no Brasil<sup>21</sup>, pode tomar decisões que interferem em esferas típicas de outros poderes. Essas decisões serão democráticas se respeitarem os limites de atuação do Judiciário, que é a lei posta (lógico, dentro da margem de interpretação), auferida pela argumentação.

Assim, uma decisão que não se assenta em lei, que não é motivada a contento, foge da esfera de atuação do Judiciário e passa a se revestir de um caráter antidemocrático.

Um caso que pode ser usado para ilustrar esse ponto é a ação direta de inconstitucionalidade 3.510, do Distrito Federal (ADI 3510). Nela, se discutia a respeito da pesquisa embrionária de células-tronco. Alguns anos antes, havia sido editada a lei 11.105/2005, permitindo esse tipo de pesquisa com vistas à busca pela cura de doenças e traumatismos.

Na ação, em especial, se buscava a inconstitucionalidade do artigo 5, que permitia a pesquisa com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados, respeitadas algumas condições, como a inviabilidade dos embriões que

---

<sup>21</sup> Nesse mesmo sentido, Dworkin (1990, p.325), entende que o simples fato de os membros do Judiciário não serem eleitos não implica, automaticamente, em uma situação antidemocrática.

estivessem congelados há mais de 3 anos e o consentimento dos genitores, sendo vedada a comercialização.

O caso se pautou por uma forte questão principiológica, com destaque para a discussão do direito à vida (com a polêmica do momento de início da vida), bem como para fortes dogmas religiosos (destacados pelos *amicus curiae* de entidades religiosas presentes no julgamento) e de pautas de avanços de estudos científicos.

Com acentuado uso de princípios, de rigor que a proporcionalidade fosse trazida à discussão.

O primeiro a tratar do tema foi o Ministro Eros Grau, rechaçando seu uso:

Não nos cabe senão o controle da constitucionalidade das leis. Tenho reagido incisivamente a qualquer experiência de controle da proporcionalidade ou razoabilidade delas, à prática das quais não estamos habilitados. E também não nos cabe a censura do legislador, salvo nos casos em que a constitucionalidade de qualquer ato normativo estiver em pauta (BRASIL, 2008, p. 457).

O Ministro Peluso seguiu a mesma linha, inadmitindo a proporcionalidade, sob a alegação de que não há conflito de princípios, ante a racionalidade da lei em análise (BRASIL, 2008, p. 517-518). O Ministro Marco Aurélio apresentou outro argumento contrário ao uso da proporcionalidade no presente feito, alegando que “a lei foi aprovada mediante placar acachapante – 96% dos Senadores e 85% dos Deputados” (BRASIL, 2008, p.541).

De outra banda, O Ministro Celso de Mello se valeu da ponderação, entendendo que mesmo o direito à vida admite ponderação, nesse caso, em prol de milhões de pessoas com patologias que poderiam ser beneficiadas pelos estudos (BRASIL, 2008, p.587).

O Ministro Gilmar Mendes também se valeu da proporcionalidade, fazendo ampla explicação de sua teoria, entendendo que a medida proposta pela lei não é a menos gravosa, se comparada com outras possibilidades (BRASIL, 2008, p.624), julgando improcedente com ressalvas.

Vale citar que nas discussões finais ficou assentado que, o julgamento improcedente com ressalvas deveria ser computado como parcial procedência, de modo que o resultado do feito foram 6 votos de improcedência contra 5 de parcial procedência. Todos os Ministros se posicionaram pela constitucionalidade da lei, mas esses 5 fizeram ressalvas de como a lei deveria ser entendida para ser constitucional, criaram critérios (que não estavam no texto legal).

Para Gilmar Mendes (BRASIL, 2008, p.630), por exemplo, o artigo 5 da referida lei seria constitucional, desde que interpretado no sentido de que, a permissão da pesquisa com células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*,

fosse condicionada à prévia autorização e aprovação por comitê central de ética e pesquisa, órgão vinculado ao Ministério da Saúde.

Por seu turno, o Ministro Lewandowski (BRASIL, 2008, p. 647-648) condiciona a pesquisa a embriões que tivessem sobrado da fertilização *in vitro*, desde que produzidos em quantidade estritamente necessárias, ou seja, sem que a clínica tenha produzido sobras de embriões.

O estabelecimento desses critérios chama a atenção, uma vez que eles não estavam na lei. A minoria formada por esses 5 Ministros não julgou a lei constitucional ou inconstitucional (para o que seriam competentes) e sim julgaram-na constitucional, desde que atendesse certos critérios, tal qual se redigissem um inciso ou adendo à lei.

Ora, se esses critérios não estavam no texto legal, a lei deveria, na interpretação deles, ser julgada inconstitucional, não sendo aceitável por parte dos Ministros tais “modificações” ao texto legal, por configurar fato absolutamente antidemocrático. O STF pode interpretar a lei, mas, nesse caso, a interpretação dada extrapola o texto legal, extrapola a vontade do legislador, criando uma verdadeira nova norma, o que deveria ser de competência do legislativo.

Nesse caso é possível percebermos, na prática, um julgamento que extrapola a função de outro poder.

No presente trabalho, estuda-se, principalmente, essa extrapolação de competência pela ausência de fundamentação. Sustenta-se, assim, que o julgador não tem competência para julgar sem a devida motivação, se valendo de sua função pública e da máquina do Estado para fazer valer suas vontades particulares.

Esse problema já era pensado por Alexy (2011, p. 131), que afirmava que a legitimidade da ponderação dependia de sua racionalidade. A ponderação seria legítima, conforme fosse racional, afastando-se, assim, a ponderação aplicada de forma discricionária, desmotivada. O próprio Alexy, defensor da proporcionalidade, já tinha a consciência de que sua aplicação deveria vir precedida da devida fundamentação, sob pena de incorrer num mal que a tornaria ilegítima. Essa parte da lição de Alexy parece fugir a alguns aplicadores e defensores do neoconstitucionalismo.

Se existe uma ordem previamente posta, democraticamente, pela maioria, não pode o juiz subjetiva e imotivadamente, desfazê-la. O Judiciário é (ou deveria ser) justamente o órgão capaz de impedir que alguém imponha unilateralmente suas vontades. Se as pessoas divergem sobre o que é justo ou não, se faz necessário criar um sistema de normas regulamentando o que será considerado correto na sociedade e instituir uma autoridade para ser consultada a respeito desse fato quando surgir um problema concreto (GALVÃO, 2014, n.p). Por essa

razão que o Judiciário tem um papel importante no arranjo democrático, sendo grave qualquer decisão que tenha o condão de ultrapassar sua competência.

O neoconstitucionalismo enxerga no Judiciário um papel de destaque, mas esse papel deve se dar dentro dos limites postos, não podendo ultrapassá-lo, sob pena, justamente, de perder o destaque que deveria ter, tornando-se um poder totalmente ilegítimo.

Em uma sociedade plural, não havendo uma doutrina moral abrangente, a perspectiva neoconstitucional se mostra inadequada, não só por diminuir a certeza jurídica e aumentar a margem de discricionariedade dos agentes públicos, mas também por transferir às Cortes, em detrimento da política majoritária, a função de decidir sobre as principais questões coletivas (GALVÃO, 2014, n.p).

Esse protagonismo do Judiciário, sua proatividade, pode chegar ao ponto de configurar ativismo judicial. Para Sanchis (2016, p. 269) é muito possível que seja inevitável para o neoconstitucionalismo certo grau de ativismo, fato esse que se entende temerário.

No Brasil, é muito comum traçar-se um paralelo entre a defesa do ativismo judicial e posições sociais progressistas. Talvez isso se deva ao fato de que, na nossa história, o Judiciário brasileiro tem pecado muito mais por omissão, acumpliciando-se diante dos desmandos dos poderes político e econômico, do que por excesso de ativismo. Neste quadro, quem ousa questionar possíveis exageros na judicialização da política e da vida social no Brasil de hoje é logo tachado de conservador. Porém, o paralelismo em questão não existe. Muitas vezes, o Poder Judiciário pode atuar bloqueando mudanças importantes promovidas pelos outros poderes em favor dos excluídos, defendendo o status quo. E esta defesa pode ocorrer inclusive através do uso da retórica dos direitos fundamentais. Isso se deu, por exemplo, nos Estados Unidos nas primeiras décadas do século passado, em período que ficou conhecido como Era de Lochner<sup>113</sup>, quando a Suprema Corte impediu sistematicamente a edição de legislação trabalhista e de outras medidas que implicavam em interferência na esfera econômica em proveito das classes desfavorecidas, com base numa leitura substantiva da cláusula do devido processo legal. (SARMENTO, 2009, p 27).

O ativismo judicial, que invade a esfera de outros poderes, não é salutar para o Estado, para o arranjo institucional e nem para o sistema jurídico, que pode ficar à mercê da vontade do julgador, desprovido de segurança jurídica.

Inclusive, nessa acepção, ativismo pode ser tido como à ultrapassagem das linhas demarcatórias entre as funções dos poderes, com sobrepujado detrimento do Legislativo, que ultrapassa a simples criação de lei por parte do Judiciário, chegando maliciosamente ao núcleo essencial de uma função atribuída expressamente na Constituição, para outro poder (RAMOS, 2015 n.p).

Dworkin (1990, p.329) defende que democracia se refere a uma ideia de grupo e não de indivíduos, mas mesmo dentro da esfera de grupo, pode-se fazer uma subdivisão: estatística e comunitária. A primeira levaria em consideração a vontade individual das pessoas dentro de um grupo, enquanto que a segunda, as vontades coletivas. Não é possível dizer que uma sempre é melhor do que a outra ou que seja possível organizar uma sociedade apenas com

uma delas, pois ambas são necessárias. Elas estão inseridas na ideia de grupo, esse sim essencial para a democracia.

O autor então entende que, mesmo dentro da ideia de grupo, é possível ir contra a sua parte majoritária, mas se for para frear abusos. Para essa função, ele julga importante o controle de constitucionalidade (difuso), em que as pessoas podem se socorrer do Judiciário com a propositura de demandas individuais. Sustenta-se que essa é a função do Judiciário, que já é uma função de elevado protagonismo, não havendo a necessidade de se tentar mais, de se assumir responsabilidades que não são de sua competência, de se julgar sem fundamentação legal em prol de algum senso de justiça subjetivo do intérprete (DWORKIN, 1990 p, 343).

Essa tentativa ativista de se fazer o “bem” está, ao contrário, levando o sistema à ruína. Assim como se diz que o capitalismo vive em ciclos (de altas e baixas), sendo que o remédio para uma baixa é o embrião da próxima (SCHUMPETER, 1961, n.p.), tal se vale com a democracia, sendo esse ativismo um remédio para decisões injustas, mas um vírus para a próxima crise, a de juízes justiceiros. Caso se entenda que ele é necessário, nesse momento, para sanar injustiças, caso se entenda que esse é o remédio para a doença atual, ele pode até curar essa doença, mas preparará o terreno para a próxima mazela.

#### **4.4.3 Discricionariedade da decisão**

Uma das mais fortes e impactantes críticas ao uso da proporcionalidade sem a devida fundamentação é no sentido de que a decisão se reveste em um decisionismo ou achismo. Em outros termos, significa que a decisão não tem respaldo legal, não é uma decisão oriunda da lei, mas da simples vontade do juiz. O intérprete acha aquilo e, por consequência, decide aquilo. Se o juiz entende, por um senso próprio de justiça, que é o caso de a pessoa ser presa, por mais que a lei diga que não deveria, ele pode determinar sua prisão. Como a decisão é contrária a lei, não teria como o julgador fundamentar sua decisão nela, razão pela qual apela para fundamentações genéricas, tal qual “segundo a proporcionalidade é o caso de prisão”, sem respeitar o correto exame das sub-regras.

Esse tipo de julgamento é taxado de decisionismo ou achismo justamente por essa questão de ser o que o julgador simplesmente acha, sua opinião pessoal, e não aquilo que o sistema jurídico diz que deveria ser.

Importante observar que essa fala não é apenas dos críticos ao neoconstitucionalismo, pois aqueles que o defendem também sabem que esse tipo de decisão é passível de ocorrer na prática. “A um tal modelo decisionista de sopesamento pode ser contraposto um modelo fundamentado” (ALEXY, 2011b, p.165).

O idealizador da proporcionalidade que se estuda hoje já antevia que ela poderia ser uma arma decisionista, posta a mão de qualquer juiz. No Brasil, um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, monocraticamente, afastou o Governador eleito do Rio de Janeiro. Não se irá analisar o mérito da decisão, apenas é importante observar que se um Ministro tem a competência para, sozinho, afastar o Governador eleito, é absolutamente imprescindível que essa decisão seja sempre fundamentada, haja vista o evidente risco democrático de uma atuação ativista do Judiciário.

No trecho citado anteriormente, Alexy exprime que a proporcionalidade não pode ser usada ao bel prazer do intérprete, devendo ser devidamente racionalizada.

No mesmo sentido, Sarmiento (2003, p 146) é duro ao enunciar que sob o manto da ponderação se pratica o mais puro decisionismo judicial, eivado de preferências subjetivas. É uma situação muito grave e danosa um juiz decidir como quer (à revelia da lei e da ordem posta democraticamente) e usar a ponderação para fingir uma fundamentação.

Com o intuito, justamente, de tentar evitar a arbitrariedade, que Alexy idealizou as três submáximas, uma vez que a sua aplicação necessitaria de uma correta fundamentação, podendo separar uma decisão legal de uma decisão arbitrária do juiz.

Esse não foi o único esforço metodológico de Alexy para conferir maior imparcialidade às decisões. A fórmula do peso, por ele esboçada (ALEXY, 2005, p575-576), pretende verificar se é justificável a majoração de um princípio em detrimento de outro (num resultado que otimizaria ambos), de modo mais criterioso.

Pela fórmula do peso, se estabelece um valor para a intensidade de aplicação de um princípio e de interferência do outro, sendo 0 em caso de pouca intensidade, 2 em caso de média e 4 em caso de muita. Após, é feita uma divisão entre os valores estabelecidos para os dois princípios colidentes, sendo o dividendo (número na parte superior da fração) o princípio em verificação, e o divisor (número na parte inferior da fração) a importância de se satisfazer o princípio oposto a ele (o que colide). O resultado final, se superior a 1, justifica a aplicação do princípio que ocupa a posição de dividendo (o princípio em análise) e, se inferior a 1, deve prevalecer o divisor (ALEXY, 2005, p575-576).

Exemplificando, em um caso de direito à vida contra liberdade religiosa de um paciente testemunha de jeová que precisa de transfusão de sangue, a fórmula do peso preconiza a

atribuição de um valor para a importância do direito à vida; podemos estipular o valor 4, em razão de sua importância. Esse será o dividendo, o número acima na fração de divisão. Na linha inferior, o divisor, se perfaz na intensidade de importância em se satisfazer o princípio oposto, qual seja a liberdade religiosa. Vamos estipular o valor 2. Fazendo o cálculo  $4/2=2$ , temos um resultado superior a 1, devendo prevalecer, nesse caso, o direito à vida.

Para Alexy, a fórmula do peso seria mais uma segurança contra discricionariedade, embora pareça algo totalmente subjetivo a atribuição de valores para os princípios. Na realidade, uma decisão subjetiva que prefira um princípio ao outro, está, justamente, atribuindo um valor superior ao primeiro em detrimento do segundo, com o fito de obter um resultado final que (subjetivamente) o intérprete prefere, razão pela qual esse trabalho não concorda com a fórmula do peso como uma ferramenta contrária à discricionariedade.

Embora a ideia do neoconstitucionalista seja justamente uma decisão com argumentação complexa (SARMENTO, 2009, p.32), não há como negar que a proporcionalidade tem sido transformada em alibi teórico para o exercício dos mais variados modos de discricionarismos e axiologismos no Brasil (STRECK 2012, p.23).

A proporcionalidade tem sido um cheque em branco para que cada juiz decida conforme seus próprios critérios.

É preciso ter cuidado para que a proporcionalidade não se transforme no personagem Napoleão, da Revolução dos bichos (ORWELL, 2000). Na obra, Napoleão é um porco que promove uma revolução em sua granja, sob o prisma de fugir da dominação dos seres humanos. Todavia, ao longo do conto, o revolucionário ultrapassa a revolução tornando-se um novo tirano. Os bichos continuaram dominados, mudando, apenas, o tirano. Não é aceitável sair de uma “dominação” do positivismo exegético, totalmente preso ao texto da lei, para um novo constitucionalismo totalmente subjetivista, com zero apego à lei. Em ambos os casos o resultado é adverso, só muda a direção.

O uso cada vez mais corrente de princípios para julgar um caso sem a devida fundamentação é tão danoso para o direito, quanto o uso excessivo da “letra fria da lei”.

Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese. Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias” (SARMENTO, 2009, p. 33).

Se não houver um exame profundo das fundamentações, estar-se-á totalmente à mercê da vontade dos juízes. Por mais que suas intenções sejam boas e que se concorde com a

conclusão, esse não é o caminho democrático. E quando se discordar da decisão, o socorro virá de quem?

Quando a decisão nos parece justa ela é ótima, mas e quando for injusta para o senso de justiça subjetivo de cada um, qual será o caminho? Nenhum, uma vez que está se dando todo poder a esse juiz de decidir conforme queira. Digamos que uma parcela da população seja a favor e outra contrária a um certo direito, como por exemplo a pena de morte. Qual o modo de brigarem por seus direitos? Votando, fazendo campanha e elegendo aqueles que tenham o mesmo pensamento. Agora, se um juiz simplesmente decidir pelo sim ou pelo não e essa for a palavra final, como as pessoas farão para mudar? Não há como votar em outro juiz.

O exame que foi realizado de um ano e três meses de casos concretos do Supremo Tribunal Federal demonstrou que a técnica da proporcionalidade não está sendo acompanhada da devida fundamentação pela mais elevada corte do país. Que mensagem isso passa aos demais juízes?

Admitir decisões discricionárias é admitir a parcialidade do julgador. Se ele é discricionário, ele pode usar desse expediente para favorecer um dos lados.

O prejuízo democrático é sensível, é uma verdadeira “transferência de poder decisório do legislativo, que é eleito, para o judiciário, que não é” (SARMENTO, 2009, p.33). Não se pode admitir o afastamento de uma lei democraticamente estabelecida pelo poder competente e eleito pelo povo para tanto, com base em simples e suposta superação de seu texto escrito (STRECK, 2010b, p. 20).

Mas o que seria essa literalidade? O intérprete tem a sua disposição sempre um único sentido das palavras ou elas são polissêmicas? Esse “texto da lei superado” é um conceito muito abstrato para justificar o afastamento de uma lei democraticamente criada (STRECK, 2010, p. 173), ainda mais para ser trocada por um princípio aberto. Não que um princípio não possa dar outra visão à lei, mas deve sempre se ater a dar uma solução possível dentro da moldura desse quadro, e não algo totalmente externo e novo.

“Die Gedanken sind frei - os pensamentos são livres - como diz uma velha canção alemã do início do Século XIX. No exercício de sua função, no entanto, o pensamento dos juízes é livre na moldura da legalidade. Não para além dela” (GRAU, 2019, p. 65).

Pior, a lei é afastada apenas pelo fato de o intérprete aludir que ela foi superada (velha, antiquada) e que é melhor aplicar um princípio. E isso vale, na prática, mesmo que esse intérprete não fundamente. Veja o risco dessa situação.

Ou seja, basta sua vontade para uma lei ser tida como superada, ele não precisa provar ou demonstrar que de fato ela está superada. É um poder discricionário muito grande posto na mão de uma autoridade não eleita.

Por isso o juiz precisa fundamentar, para dar legitimidade a essa decisão.

A cada caso o critério pode ser modificado para se ajustar às preferências do intérprete, minando qualquer ideia de vinculação ao Direito. A resposta à pergunta como decidem os juízes neoconstitucionalista é uma incógnita, pois não há como se saber de antemão qual o valor constitucional vai ser priorizado em um litígio. O que se defende aqui é que há uma moralidade intrínseca na ideia de vincular de antemão os resultados das causas levadas ao Poder Judiciário que se perde quando os juízes julgam com base nas próprias razões (GALVÃO, 2014, n.p).

Se o juiz, simplesmente, julgar conforme seu senso moral, todo julgamento será uma surpresa, não há como saber o que vai pensar o juiz. Ainda, sem a devida fundamentação nem há como se comparar aquela decisão com antigos julgados desse magistrado para se construir uma linha de pensamento. O julgamento pode se amoldar conforme o Réu (voltamos ao problema da parcialidade).

A proporcionalidade possui um papel central nesse contexto. O modo de se afastar uma regra é utilizando um princípio. A forma de se utilizar um princípio, normalmente, é pela proporcionalidade, que tende a ser usada como reforço argumentativo vago para o juiz decidir como bem entende, uma muleta de apoio ou, por assim dizer, “ponderação é escolha, é decidir e depois buscar fundamentação. É um alibi a permitir a discricionariedade e o enfraquecimento do direito” (ABBOUD; ROSSI, 2017, p. 117), fato esse absolutamente contrário a forma com a qual deveria ser aplicado o direito.

“O ponto de partida da resistência contra a ponderação é a pressuposição da incomensurabilidade das posições a serem ponderadas” (AUGSBERG, 2015, p. 26). E por não ter critério, não ter fundamentação, a decisão pode mudar de lado sem maiores preocupações. Um caso pode ser julgado procedente e outro idêntico improcedente, talvez pela posição política do Réu, talvez por sua religião, cor e etc.

A seguinte anedota resume muito bem a situação:

Com isso, a situação corresponde de forma bastante precisa a uma conhecida anedota judaica na qual um rabino, após ter ouvido a versão de dois partidos em conflito que apresentaram consecutivamente a sua respectiva visão das coisas, responde a cada um deles: “você tem razão” (“Du hast recht”). Após a saída dos partidos, o rabino foi questionado por seus estudantes perplexos: seria impossível que os dois lados tenham, de fato, razão ao mesmo tempo. O rabino pensa por um curto momento e responde: “você tem razão”. (AUGSBERG, 2015, p. 31).

Para ilustrar a possibilidade de decisões conflitantes, foi selecionado um caso concreto em que dois Ministros do Supremo Tribunal Federal se apoiaram na proporcionalidade para julgá-lo de forma distinta.

Trata-se da medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade número 09, proposta pela Presidência da República para declarar constitucional os artigos 14 a 18 da MP 2152-2/2001.

A MP dispunha a respeito da criação de uma meta de consumo de energia elétrica que deveria ser adotada por residências urbanas, rurais e área industrial. Aquele que excedesse a meta, ou seja, consumisse mais energia elétrica do que normalmente consumia, seria sancionado com uma multa que chegaria até a casa dos 200% e poderia culminar no corte do fornecimento do serviço.

Essa medida provisória foi proposta no auge do que ficou conhecido como “apagão”, uma crise energética vivenciada no país no final do segundo governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, em que se cogitou o racionamento de energia elétrica para evitar a sua completa falta.

Pela escassez do recurso, cogitou-se como uma possível solução o corte programado em determinados horários, com o fito de evitar o seu completo esgotamento. Essa medida provisória era uma tentativa de se evitar esse racionamento, com a ajuda “voluntária” da população na economia de energia elétrica. Pensava-se que, se a população economizasse luz nos limites propostos, não seriam necessários os cortes programados, nem se chegaria ao limite do efetivo apagão (falta de energia elétrica).

No que tange ao julgamento da medida cautelar, o Ministro Néri da Silveira assim assentou:

De outro modo, ainda, os valores previstos nas normas em referência também não poderiam prevalecer por sua desproporção, relativamente à causa de sua exigência, ferindo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

[...]

Ora, na espécie, parece inequívoca a desproporção, a irrazoabilidade de impor-se autêntica pena pecuniária que pode chegar a 200% do valor da tarifa, a quem, por razões que não se apuram, em certo momento, ultrapassa o limite de consumo de energia elétrica estabelecido. A ordem constitucional, à vista do art. 5º LIV e LV, do Diploma maior, não admite tal tratamento do legislador ou da Administração pública (BRASIL, 1999, p.92-93).

Com base na proporcionalidade ele indefere a cautelar, entendendo excessiva a medida. Em que pese o Ministro, no trecho anterior, ter feito ampla exposição do que seria a proporcionalidade e quais seus subelementos, vê-se que ele basicamente cita o instituto sem maiores preocupações com a fundamentação.

Todavia, a contrário senso, o Ministro Maurício Correa estabeleceu que:

Como acima dito, não vislumbro nenhuma aparente inconstitucionalidade nas metas propostas. Elas se explicam, não só pela atitude antes administrativamente tomada por este Tribunal, mas agora virtualmente na deste contencioso, ambas, entretanto, segundo meu entendimento, se ajustando na perspectiva da correta aplicação da proporcionalidade, que na hipótese está em consonância com os fins a que estas medidas se destinam.

[...]

Seria o maior absurdo que o STF derrubasse as regras emergenciais ora em implantação quando o próprio povo já as aprovou. Assim penso que a sociedade brasileira já proclamou, na sua alta compreensão, a constitucionalidade das medidas, se por nada mais, pelo menos explicando-as pela submissão do princípio da justa proporcionalidade (BRASIL, 1999, p.110).

Para ele, segundo a proporcionalidade, a cautelar deveria ser deferida. Os dois votos se valem da proporcionalidade para alcançar resultados distintos, demonstrando que há discricionariedade em sua aplicação. E essa discricionariedade aumenta com o uso vago do instituto, sem fundamentação, tornando a decisão um verdadeiro “achismo”. Esse é o risco da proporcionalidade. Dois julgadores a utilizaram, sem fundamentação, e chegaram a conclusões distintas.

Acrescenta-se que mesmo com a devida fundamentação, seriam possíveis resultados distintos, seria possível discricionariedade. O exame da proporcionalidade, especialmente a proporcionalidade em sentido estrito, carrega consigo um certo elemento subjetivo. É perceptível que se diferentes pessoas tentarem julgar esse caso com base na máxima da proporcionalidade, chegarão a resultados distintos. Faremos a nossa análise da proporcionalidade desse caso.

Sucintamente, quanto ao primeiro elemento, entende-se que a medida é adequada, posto ser um meio para atingir o fim a que se destina. Também entende-se ser necessária, já que não se vislumbra outro modo menos gravoso de se obter a mesma solução. A ideia da medida é evitar o corte indesejado de luz, para tanto foi proposta uma economia por parte dos usuários com forte punição para quem não conseguir economizar. A proporcionalidade em sentido estrito irá analisar o custo-benefício do ganho de um direito com base na perda de outro. De um lado, o direito a ter fornecimento de energia elétrica e, de outro, o direito do consumidor de não ter uma multa exorbitante ou corte pelo simples fato de não economizar energia (já que pagando, ele poderia usar o recurso como bem entendesse). O custo-benefício vale, o ganho com a medida justifica uma certa atenuação no direito contraposto, uma vez que o bem comum da sociedade em continuar a ter energia justifica tolher o direito individual de livre dispor do recurso, mediante seu pagamento. Não seria aceitável uma pessoa desperdiçar energia elétrica só porque pode pagar, correndo-se o risco do corte involuntário (pela falta do recurso) afetar hospitais e pessoas doentes que precisam de luz.

Nesse caso, tanto o exame da necessidade, quanto o da proporcionalidade em sentido estrito, carregam um enorme senso de discricionariedade. Esse fato, somado à falta de fundamentação, dão ensejo para decisões com base apenas na vontade do intérprete, em seu senso de justiça e não com respaldo legal.

Vale trazer ainda outro caso para ilustrar a questão, ainda que ficcional. Na obra “O caso dos exploradores de caverna”, o autor Lon. L. Fuller (2003) narra que um grupo de amantes de cavernas fizeram uma expedição para uma, mas não conseguiram sair por conta de um deslizamento. Sabendo do acidente, a equipe de resgate passou a tentar descobrir uma forma de salvar esse pequeno grupo de quatro ou cinco exploradores de caverna. Ao passo que os dias passavam, os custos da operação aumentavam e a saúde dos homens presos na caverna pioravam, posto que eles não tinham comida. Ainda, o resgate foi atrasado por conta de um acidente com a equipe de resgate, em que dez trabalhadores morreram.

Após alguns dias, os exploradores consultaram a equipe de resgate, perguntando se sobreviveriam até o resgate, uma vez que não tinham comida. A resposta foi que dificilmente aguentariam até o resgate. Na sequência, um dos exploradores pergunta às autoridades que acompanhavam o resgate se eles poderiam matar um deles para comê-lo, salvando os demais. Não houve uma resposta de que isso seria legal.

Posteriormente, esse mesmo homem propõe um sorteio para ver quem se sacrificaria pelos demais. Quando todos aceitam e estão prestes a iniciar o sorteio, esse mesmo homem muda de opinião e prefere aguardar mais alguns dias. O grupo delibera e, em maioria, entendem que aquele é o momento. Aquele mesmo homem que sugeriu a medida inicialmente foi o sorteado. O grupo o mata e o come.

Após o resgate, os homens são levados a julgamento por eventual crime de homicídio doloso. O livro é composto pelos votos dos juízes. Cada juiz se baseia em um critério para chegar à conclusão se aqueles homens são ou não culpados, muitos deles totalmente subjetivos, eivados em simples senso de justiça e mobilizado pelos tristes acontecimentos.

Não se irá adentrar nas minúcias dos votos, concentrando-se na ideia do texto. A obra, redigida por um jurista, leva os leitores a reflexões morais e de justiça.

O leitor é convidado a imaginar qual seria a solução mais justa ao caso. A melhor solução seria condená-los, já que eles mataram um homem? Ou dada a situação de não terem outra opção e o homem morto ter sido justamente o que sugeriu essa medida, eles deveriam ser absolvidos? Se eles forem condenados, justifica-se o gasto financeiro para salvá-los, bem como a vida dos trabalhadores que foram perdidas nesse projeto?

São ótimas questões para os leitores analisarem e, a partir disso, evoluírem como seres humanos, contribuindo, quem sabe, para a criação, pelo Legislativo, de leis mais sábias e justas. Todavia, dentro do processo, a solução precisa se basear em lei, de forma fundamentada. Um juiz não poderia afastar uma lei, com base apenas em ter a convicção de

que esse resultado não é justo. Não seria cabível uma solução em que, simplesmente, se alega que “com base na proporcionalidade eles devem ser inocentados”.

Nesse sentido, no voto do Juiz Keen na obra:

A segunda questão que desejo colocar de lado diz respeito a decidir se o que estes homens fizeram foi justo ou injusto, mau ou bom. Esta é outra questão irrelevante ao cumprimento de minha função, pois, como fui empossado como juiz para aplicar, não minhas concepções morais, mas o ordenamento jurídico deste (FULLER, 2003, n.p).

O personagem carrega uma visão bem positivista. Não é necessariamente isso que aqui se defende. Está a se defender que, de fato, o resultado precisa aplicar a lei e não as concepções morais do julgador. Isso não significa uma análise cega da lei. Já foi visto que a interpretação possui uma margem de manobra, um campo em que se pode navegar. Dentro desse campo, é lícito ao magistrado que tenha sua interpretação, o que não é lícito é que crie uma solução própria, da sua cabeça.

Interpretar significa escolher a melhor saída entre duas opções possíveis e não criar uma terceira totalmente contrária à lei.

Esse caso é uma boa representação de como diferentes pessoas podem divergir muito quando instadas a analisar um caso concreto em que se tenha forte carga emocional.

Fica evidente a possibilidade de subjetivismo em decisões e já ficou demonstrado no presente estudo o potencial danoso de tal expediente. Vale consignar que Eros Grau (2017, p.17) chega a afirmar que não estamos mais em um Estado de Direito e sim em um estado de juízes, uma vez que o Judiciário faz e altera leis com facilidade, ultrapassando o limite de sua competência. O risco é nítido, pois ao invés de termos um Estado de Direito, com um procedimento previamente conhecido e aceito para a elaboração de leis e políticas públicas, passamos as tê-las por uma decisão de qualquer magistrado Brasil afora.

Cada um pode pensar de uma forma, mas no momento em que alguém ocupa uma função de juiz, *longa manus* do poder público, precisa decidir com segurança jurídica. É preciso distinguir criar lei, de interpretá-la.

## 5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa pretendeu verificar a existência do uso imotivado da proporcionalidade e suas consequências para o sistema democrático.

Antes de expor essa hipótese, imperioso destacar as conclusões alcançadas ao longo do trabalho até chegar à resposta da indagação inicial.

Iniciou-se o trabalho com o estudo da democracia a partir das contribuições de Montesquieu, que se deu em um momento já de declínio do absolutismo monárquico. Tanto Locke quanto Montesquieu apresentam em suas obras a ideia de divisão das funções do poder.

Destarte, seria possível evitar a opressão ou tirania, partindo-se dessa ideia de divisão. Assim, repartindo-se as funções do poder, ninguém poderia tomá-lo por um todo, já que cada função limitaria e conteria a outra, garantindo durabilidade e estabilidade para o governo e consequente liberdade para os cidadãos. Essa lição é essencial para a conclusão que se buscou ao longo do trabalho, de que o Judiciário deve se ater ao seu papel, não se assenhorando de outras funções.

Viu-se também que tal pensamento não é isolado, faz parte da construção de pensamento que remonta à Grécia antiga, especialmente a Aristóteles. Ele já falava em seis formas de governo, três boas e três degenerações, classificando o governo como de um, de alguns ou de muitos. Tanto Aristóteles quanto Políbio já percebiam que essas formas puras de governo tinham dificuldade em se perpetuar. Ainda, Aristóteles falava que dentro de um governo há aqueles que deliberam sobre negócios, os que executam e os que julgam, já plantando uma semente para a futura separação das funções do poder, trabalho justamente desenvolvido por Locke e Montesquieu.

Com isso, ficaram sedimentados os primeiros fundamentos da democracia – separar e limitar o poder para que haja durabilidade e segurança, de forma que a sociedade poderá perseguir os valores que entende por bem.

Porém, a democracia não se encerra por aí, sendo necessárias outras bases. Foi visto que é fundamental que haja regras previamente definidas. Estar-se-á em um Estado Democrático se as regras forem criadas de acordo com as premissas que o próprio Estado decidiu para sua criação e que elas sejam respeitadas por todos, sem que ninguém esteja acima da lei.

As principais características esperadas de uma sociedade democrática são, pois, que existam regras previamente definidas pelo povo e que todos tenham liberdade e igualdade, inclusive, para alterá-las. Se o poder ficar nas mãos de um pequeno grupo privilegiado, único capaz de

mudar as regras, ou se essas não se aplicarem para eles com o mesmo peso que se aplicam aos outros, não haverá democracia plena.

Importante observar que ao se dizer maioria, há que se tomar cuidado com a tirania da maioria. No trabalho foi explorado o fato de que a maioria também pode ser um risco para a democracia ao atropelar a minoria. Não é porque a maioria aspira algo que, necessariamente, isso seja democrático, como no caso dela decidir pela volta da escravidão.

Esse arranjo é muito sensível e, nesse contexto, é importante observar as funções de cada poder e suas limitações.

Em suma, a sociedade pretende viver com liberdade e igualdade e para isso precisa de um Estado que lhe garanta a paz. Para esse Estado não ser tirânico, o poder é concedido ao povo. O povo, então, estabelece regras, escolhidas pela maioria, para governar esse Estado. Respeitadas as regras, será respeitada a vontade do povo. Para evitar que alguém tome o poder e governe apenas segundo as suas vontades, divide-se e limita-se o poder de todos os representantes do povo. Se alguém começar a ultrapassar sua função, colocará todo esse sistema em risco.

Nesse cenário, imperioso que se estudasse a legitimidade democrática do Judiciário. Tendo em vista que os membros que o compõem não são eleitos pelo povo, ainda, assim, é possível dizer que o Judiciário é democrático? Qual o seu limite de atuação? Essas foram algumas questões levantadas no segundo capítulo deste trabalho.

Analisou-se que há críticas ao fato de juízes não eleitos tomarem decisões políticas, em regra, típicas do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, sem serem escolhidos pelo povo para tanto. Pior, muitas vezes, decisões contrárias ao estipulado por essas outras funções do poder. Inobstante tais críticas, o fato de o Judiciário ser uma função previamente definida pela vontade do povo, prevista na Constituição, garante sua legitimidade democrática. Encontra-se estabelecido que o Judiciário possui o poder de julgar, de invalidar leis e que seus membros não são eleitos. Essa foi uma escolha política do povo brasileiro, respeitando-se a democracia. Todavia, sua legitimidade não é total, esbarrando, justamente, na legislação. Ao Judiciário cabe julgar com base na legislação válida em determinado tempo e lugar. Não pode o Judiciário ultrapassar ou contrariar a lei, julgando a seu bel prazer, sob pena de verdadeira tirania.

A função dada ao Judiciário é de aplicar a lei, em que pese isso possa significar ir contra o Legislativo ou o Executivo, eleitos pelo povo. Se a lei a ser aplicada for contra o Legislativo ou Executivo não há problema, é justamente para isso que existe o Judiciário, para que esses outros poderes respeitem a lei e para barrar qualquer investida além da lei por parte deles.

Entretanto, não pode o Judiciário decidir algo pela simples vontade ou desejo do julgador, de forma discricionária. Isso seria o oposto do esperado.

Sendo a lei o limite de sua atuação, o único modo de se verificar o respeito a esse limite, se dá por meio da fundamentação das decisões. O juiz deve expor as razões que o fizeram chegar à determinada conclusão, de modo que a sociedade poderá mensurar se a lei foi aplicada ou se a decisão é discricionária. Essa é a função extraprocessual da fundamentação. Assim, a sociedade pode fiscalizar o trabalho do julgador, garantindo o respeito à ordem jurídica e evitando decisões arbitrárias.

Certamente, não se trata de uma tarefa simples, tendo em vista que a legislação não é aplicada de maneira robotizada. As normas não preveem todas as situações fáticas e os princípios fornecem interpretações amplas – o intérprete tem uma certa margem de manobra para exercer seu papel. De qualquer modo, deverá decidir com base nessa margem, dentro desse limite e não fora dele. Interpretar é escolher a melhor solução ante o ordenamento jurídico vigente e não criar uma solução inovadora que se encontre fora dele.

Para se aprofundar o entendimento de aplicação da lei e conseqüente fundamentação, passou-se a estudar duas grandes escolas filosóficas do direito, o positivismo e o pós-positivismo, almejando-se verificar como elas entendem o direito.

Viu-se que os dois termos são designações genéricas para pensamentos heterogêneos, não sendo possível definir as escolas de um único modo. Porém, de maneira geral, a filosofia positivista, respeitando certas diferenças, busca o respaldo da regra. O julgador deve buscar a subsunção do fato à norma válida.

A segurança jurídica é um ideal importante que, via de regra, se alcança através da utilização das regras. Os princípios, embora existam para essa escola e sejam usados, não tem o mesmo destaque que as regras.

O pós-positivismo, por seu turno, e em especial o neoconstitucionalismo, já almeja um julgamento mais justo, com a melhor solução para o caso concreto, ainda que não, necessariamente, forneça maior segurança jurídica. Para chegar a tal fim, os princípios ganham maior relevância.

Assim, enquanto o positivismo se preocupa mais com a segurança jurídica e prefere as regras, o neoconstitucionalismo pretende maior senso de justiça, prevalecendo o uso de princípios.

Vale destacar que regras e princípios são espécies do gênero normas. As regras são objetivas e estipulam uma situação concreta. Elas são sempre satisfeitas ou não, não existindo meio termo. Elas se operam no campo da validade e da exceção. Uma regra pode criar uma exceção para outra. Se duas regras conflitarem, a solução será pela validade, afastando-se totalmente

uma das regras, de forma que somente uma delas seja aplicada na integralidade (e a outra em nada).

Não se fala em aplicação gradual das regras, tal qual se faz com os princípios. Esses são mandamentos de otimização e em caso de colisão, pode-se aplicar a ponderação para que os dois princípios colidentes sejam aplicados no máximo possível, não se tratando de uma relação de tudo ou nada. Um princípio cede um pouco para o outro, mas os dois são considerados. Não se fala em um válido e outro inválido.

Graças a essa nova forma de interpretar, com maior relevância dos princípios, o Judiciário ganhou mais destaque. Agora, suas decisões tendem a buscar a justiça e a sociedade passa a esperar que o Judiciário promova agenda mais progressiva que os outros poderes.

Os princípios ganhando destaque e maior utilização, inexoravelmente, levam a decisões mais abertas, pela própria natureza deles. Nesse contexto que se viu a importância da fundamentação. Quanto mais aberta a norma a ser interpretada, mais precisa-se de fundamentação, para ficar claro que o Judiciário ainda está agindo de acordo com a lei.

Não pode uma decisão ser pautada no princípio da dignidade da pessoa humana, sem a justificativa completa do raciocínio de como aquele princípio se adequa ao caso. É muito fácil decidir qualquer coisa, de maneira totalmente subjetiva e simplesmente dizer que está de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Com o Judiciário sem limite, com os juízes como reis, a sociedade não tem a quem se socorrer de uma decisão judicial.

Não se olvida que a premissa de um julgamento mais justo é louvável, mas não há como se esquecer que esse conceito é subjetivo. E se o conceito de justiça do julgador for diferente do de outra pessoa? E se o que for justo para ele não o for para outrem? Não se pode dar uma carta em branco a um magistrado, nem a qualquer outra pessoa. Para evitar isso, é que se desenhou todo um arranjo democrático. Toda evolução da democracia, todo estudo de Locke, Montesquieu e muitos outros, visavam, justamente, limitar o poder que outrora era do rei, não se podendo, agora, conferi-lo a um juiz.

O trabalho averiguou casos em que a sentença foi declarada nula, por falta de fundamentação. Viu-se que essas situações são raras, mas é importante esse controle por parte do próprio Judiciário, das partes e da sociedade como um todo.

Com o crescente uso dos princípios, a máxima da proporcionalidade passa a ser mais utilizada no julgamento das lides. Sempre que dois princípios colidirem, pode-se ponderá-los pela proporcionalidade.

O trabalho buscou entender suas bases, a divisão das três submáximas e verificar como se dá sua aplicação em casos concretos perante o Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, estudou-se um plano histórico de decisões daquele tribunal com o uso da proporcionalidade. Constatou-se que, no período de um ano e três meses, em aproximadamente metade dos casos em que se invocou a proporcionalidade, não houve a devida fundamentação, números esses alarmantes.

Em praticamente metade dos casos analisados no período a decisão era subjetiva, sem a devida fundamentação, correndo-se o risco de o Judiciário invadir outra esfera do poder.

O problema inicial estava próximo da solução, sendo constatado que, na prática, existiam muitas decisões que utilizavam a proporcionalidade sem fundamentação. Assim, passou-se a analisar as consequências e riscos desse fato, com o escopo de se responder ao problema de pesquisa, com base nas hipóteses apontadas na introdução.

Seria, então, a decisão que se utiliza da proporcionalidade sem fundamentação uma decisão que traria riscos para a separação das funções do poder?

No trabalho, se verificou que o risco de uma decisão antidemocrática é real, imaginada até por Alexy, criador da técnica da proporcionalidade tal qual se conhece hoje. Desde Alexy, já se sabia que a legitimidade da ponderação dependia da racionalidade com que o método fosse empregado, razão pela qual ao utilizá-la como mero reforço argumentativo, corrobora-se à possibilidade de termos, na verdade, uma decisão discricionária, que ultrapasse a esfera de atuação do Judiciário, invadindo a competência de outro poder.

O juiz tem a prerrogativa (na prática) de decidir como bem entende e ele pode acabar decidindo contrariamente à lei, ou até mesmo para se beneficiar ou beneficiar algum interesse escuso. O único modo de se evitar esse tipo de postura é anulando decisões não fundamentadas (e por consequência, que não se baseiam em lei). Uma sentença que não tenha a fundamentação adequada deve ser considerada nula, evitando-se o risco de um mal maior. Concluiu-se que decisões não fundamentadas não se pautam em lei, já que caso se pautassem possuiriam a devida fundamentação. Não basta a decisão ser certa na aplicação da lei, ela deve demonstrar isso, deve-se mensurar isso pela sua leitura.

O direito não pode retroceder ao ponto de cada julgamento depender da sorte ou azar de qual será o juiz designado, ou de seu humor no dia. É ótimo que se procure maior justiça para as decisões, mas não se pode fazê-lo ao arrepio da lei, sem se preocupar com a segurança jurídica.

O Judiciário tem uma função institucional de coibir abusos do Executivo e do Legislativo, de evitar que a maioria atropela a minoria. Não pode, ele, atropelar esses poderes. Não pode a minoria de juízes atropelar a maioria dos representantes eleitos pelo povo.

No anseio de fazer o bem e corrigir eventuais problemas das outras funções, o Judiciário está cometendo um mal maior, rasgando a Constituição que deveria resguardar.

Concluiu-se, pelo desenvolvimento do trabalho, que a decisão que faz uso da proporcionalidade de modo vago, sem a devida fundamentação está, sim, ultrapassando os limites de atuação do Judiciário e é apta a ferir o arranjo democrático. O Judiciário não é eleito para representar o povo, ao contrário, seus membros são investidos de suas funções para julgar com base na lei, respeitando certa margem de raciocínio. Não se espera do Judiciário um papel de vanguarda, um papel de protagonismo, espera-se isso dos representantes eleitos.

Quem tem legitimidade para criar políticas públicas são os membros do Legislativo e do Executivo, o Judiciário deve-se ater a seu papel de observar se essas políticas respeitam as leis e a Constituição, freando eventuais abusos.

Desse modo, o sistema inteiro se perde caso os juízes julguem de acordo com seus entendimentos e vontades, por mais que suas intenções sejam boas. Com cada um fazendo o que entende ser o melhor, unilateralmente, o mundo volta ao período do julgamento de Salomão (que entendeu que a melhor forma de saber quem era a mãe seria mandando cortar a criança ao meio), abrindo mão da sociedade contratualista e democrática que deveríamos proteger.

O juiz não é, necessariamente, um cientista político, um sociólogo. Ele não tem a vivência que deveria ter para fazer política pública. Em seu gabinete não tem o debate que um vereador, um deputado, um senador, um prefeito, um governador ou um Presidente enfrentam. O juiz não é julgado pelo povo a cada quatro anos, o juiz não vai às ruas prestar contas ao povo. Por mais que o juiz seja um grande jurista, ele não é um político. Enquanto um político não governa sozinho, um juiz consegue julgar sozinho, fato esse que majora o risco de suas decisões serem discricionárias e, por vezes, despidas de lógica e até de consciência social.

Pelo trabalho, a conclusão é de que uma decisão sem fundamentação assume um caráter discricionário, sendo subjetiva. Se o juiz não consegue explanar como chegou a tal conclusão, qual sua base legal, é porque ela não existe. Essa é a função do juiz e a sociedade deve cobrá-lo e fiscalizá-lo

Portanto, a fundamentação é a melhor forma de se garantir que o Judiciário está se limitando a sua importante função institucional de proteger a separação dos poderes, a ordem democrática e, assim, o bem comum.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da Ponderação à Brasileira. *Revista de processo*, v. 269, p.109-138, 2017.
- ABU-EL-HAJ, Jawdat. Robert Dahl e o dilema da igualdade na democracia moderna. *Análise social*, Vol XLIII, 2008.
- ACEPROJECT. Disponível em <<http://aceproject.org/epic-en?question=ES005&f=g>> 14/04/2020.
- ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos poderes. Tradução Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.
- ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Tradução Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. *RDA – revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr, 2014
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. tradução: Luís Afonso Heck *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: jul./set, 1999.
- ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and Representation. Oxford University Press and New York University School of Law, 572 I-CON, Volume 3, Number 4, pp. 572–581, 2005.
- ALEXY, Robert. Sobre la ponderación y la subsunción. Uma comparación estructural. *Revista Foro Jurídico*, v.9, 2009.
- ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Trad Luis Afonso Heck. – 3 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2011.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011b.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Do positivismo jurídico à democracia em Kelsen. *Revista da faculdade de direito da UFRGS*, v. 17, 1999
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. *Revista dos Tribunais* v. 868: São Paulo, 2008.
- ARISTOTELES. A política. Disponível em <[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_aristoteles\\_a\\_politica.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf)>. Acesso em 25 set. 2019., [201-]. Acesso em 07/02/2020.

AUGSBERG, Ino. *A Desunidade da Razão na Multiplicidade de suas Vozes – A Teoria da Ponderação e a sua Crítica como um Programa Jurídico-Teórico* Tradução: Pedro Henrique Ribeiro Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social / organizador Ricardo Campos; coordenadores Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. – São Paulo: Saraiva, 2015.

ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista direito administrativo*, Rio de Janeiro, 236: p.369-384, 2004

ÁVILA, Humberto. “neoconstitucionalismo”: Entra a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de direito do estado*, número 17, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232: 141-176, Abr./Jun. 2003

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003b

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Anuário Iberoamericano de justiça constitucional, núm 13, Madrid, 2009. Pags 17-32.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª Ed – São Paulo: Saraiva, 2015

BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the limits of constitutional adjudication. Deconstructing balancing and judicial activism*. Springer, 2010.

BEÇAK, Rubens. *Estado de direito, formas de estado e constituição*. Em tempo, v. 10. Marília, 2011.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath, 10ª ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira – São Paulo: Brasiliense, 2000b.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. São Paulo: Campus, 2000c

BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n.º 34, 1994.

BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 2. 2003

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 10 de abril de 2020.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de processo civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em 10 de abril de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal. Relator: Ayres Britto. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Dj: 29/05/2008, 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação civil número 1006891-98.2016.8.26.0506. Relator: Jairo Brazil Fontes Oliveira. Comarca de Ribeirão preto, 15ª câmara de direito privado, publicação: 07/05/2020, 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação civil número 1024031-74.2016.8.26.0562. Relator:Hugo Crepaldi, Comarca de Santos, órgão julgador 25ª câmara de direito privado, data de publicação 29/05/2020, 2020a

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habilitação de crédito número 1016506-64.2018.8.26.0564, Juiz Rodrigo Gorga Campos, Requerente Ana Paula dos Santos; Requerido Italian Comércio de Móveis Ltda Me, data de publicação 16/09/2020, 2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449 Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Requerente: Partido Social Liberal. Requerido: Câmara Municipal de Fortaleza. DJ: 08/05/2019, 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127.573 São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: Maurene Lopes. Recorrido: Relator do HC 318.936 do STJ. DJ: 11/11/2019, 2019a

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.139 Alagoas. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Governador do Estado de Alagoas. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Alagoas. DJ: 11/10/2019, 2019b

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.720 Bahia. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Requerido: Governador do Estado da Bahia. DJ: 20/09/2019, 2019c

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.995 Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Requerente: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC. Requerido: Presidente da República. DJ: 13/12/2018, 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 541 Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Requerido: Presidente da República. DJ: 26/09/2018, 2018a

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.988 Tocantins. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado do Tocantins. DJ: 19/09/2018, 2018b

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 33.711 São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: Ailson Martins de Lima. Recorrido: Delegado de polícia. DJ: 11/06/2019, 2019d

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.243 Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Requerente: Partido Social Liberal - PSL. Requerido: Presidente da República. DJ: 11/04/2019, 2019e

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.306 Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Recorrido: Procurador-Geral da República. DJ: 12/03/2019, 2019f

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.406 Distrito Federal. Relatora: Ministra Rosa Weber. Requerente: Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições de Ensino Superior – ANDIFES. Requerido: Presidente da República. DJ: 18/10/2019, 2019g

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.974 Distrito Federal. Relatora: Ministra Rosa Weber. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. DJ: 18/10/2019, 2019h

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.145 Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Requerente: Democratas. Requerido: Presidente da República. DJ: 03/10/2019, 2019i

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.724 Rio Grande do Norte. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Requerido: Governador do Estado do Rio Grande do Norte. DJ: 30/08/2019, 2019j

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.044 Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. DJ: 11/10/2018, 2018c

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em ação direta de constitucionalidade. Requerente: Presidente da República. Relator: Min. Sydney Sanches. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372905>> Dj 21/05/1999, 1999.

BRETAS, Carla Panza; MATTOS, Kennedy Josue Greeca de; SCHIER, Paulo Ricardo. Teoria do Direito e da Constituição no contexto do neoconstitucionalismo pós-positivista: análise quanto à racionalidade. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 35, vol. esp., p. 115-130, dez. 2016.

CAMARGO, Maria Lucia Miranda de Souza; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. O Ativismo judicial e a tripartição de poderes. E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH. Volume IX, número 2. Belo Horizonte, 2016.

CAMPOS, Ricardo Resende. A fórmula Barroso e as frágeis fundamentações do (neo)constitucionalismo. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol 20/2019, jul-set/2019. p.345-363, ano 2019.

COELHO, Luiz Fernando. Dogmática e crítica da prova no processo. Revista de Processo, São Paulo, ano 32, v. 154, p. 22-36, dez. 2007.

DAHL, Robert A. Sobre a democracia; tradução de Beatriz Sidou – Brasília: editora Universidade de Brasília, 2001.

DAHL, Robert Alan. A constituição norte-americana é democrática? Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV editora, 2015.

DAHL, Robert A. O mito do mandato presidencial. Lua Nova, São Paulo, n. 24, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Cidadania e separação de poderes de Montesquieu à atualidade. Revista justiça e cidadania. Ed. 221, 2019.

DEWAY, John. The public and its problems. Na essay in political inquiry. Chigado: Gateway Books, 1946.

DIDIER Jr, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial. coletânea em comemoração aos quinze anos do Curso de Especialização em Direito Processual Civil do Centro de

Extensão Universitária (CEU) disponível em <[frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf](http://frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf) [210-]>. Acesso em 04/10/2019

DIOS, Manuel Sánchez. El modelo sueco de estado de bienestar. Revista de Estudios Políticos, número 79. Madrid: Nueva Epoca, 1993

DWORKIN, Ronald. Equality, democracy, and constitution: we the people in court. Alberta Law Review, Vol XXVIII, no 2. 1990.

DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade. A leitura moral da constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

IBGE. Censo 2010. Disponível em <<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?view=noticia&id=3&idnoticia=1766&busca=1&t=censo-2010-populacao-brasil-190-732-694-pessoas>>. Acesso em 10/04/2020.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. RIFP, volume 17, 2001

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. Revista de Direito Administrativo, v. 250, p. 151-167, jan./abr. 2009.

FREIRE, Paulo. Professora sim; tia, não. Cartas a quem ousa ensinar. São Paulo: Olho d'água, 1997

FULLER, Lon Luvois. O caso dos exploradores de caverna. Tradução e notas: Ricardo Rodrigues Gama, 1 Ed. ebook. Campinas: Editora Russel, 2013.

GALLO, Rodrigo Fernando. Heródoto e a teoria das formas de governo: o debate constitucional persa. Dissertação de mestrado. São Paulo, 2015.

GALVÃO, Jorge Octávio Lacovat. O Neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. São Paulo: Saraiva. 2014

GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al gobierno. Barcelona: Editorial Ariel, 1996

GRAU, Eros Roberto. Estado de juízes: aquele jardim, no inferno. ERD – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 274, p.73-80, 2017.

GRAU, Eros Roberto. Os juízes, a lei e a justiça. Revista práticas de administração pública. Vol.3, nº 2, 2019.

HAMILTON, Alexander. O Federalista. Traduzido por \*\*\*. Ed. Villeneuve e com. Rio de Janeiro, 1840. Disponível em <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661>>

HÄRBELE, Peter. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Revista Direito Público nº 60, 2014.

- HELD, David. Modelos de democracia. Tradução de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Paidéia, 1987
- HERODOTO. História. Intr. E trad de Mário da Gama Kury. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1985. Livro online
- HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la constitucion. Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca), núm 86, 1994.
- HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1991.
- HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. Revista dos Tribunais. Vol. 859, p. 81-91, 2007.
- KALLÁS FILHO, Elias; MASSA, Laila Nader Mendes. Leitura moral da constituição e ativismo judicial: a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais no Brasil sob a perspectiva de Ronald Dworkin. DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea | Campinas | Vol. 2, n. 1 | p. 245 - 257 | Jan/Jun 2019
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. Editora Martins Fontes, São Paulo, 1999.
- KELSEN, Hans. A democracia. Tradução de Vera Barkow. 2ª ed – São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KRASTEV, Ivan. New Threats to Freedom: Democracy's "doubles". Journal of Democracy Volume 17, Number 2 April, 2006.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A guarda da constituição em Hans Kelsen. Revista Brasileira de Direito Constitucional, 203-209 N. 1, jan./jun, 2003
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia. Pensar, Fortaleza, v. 11, p. 185-191, fev. 2006.
- LULIA, Luciana de Toledo Temer; PELLICCIARI, Natália Rosa. Uma reflexão sobre a judicialização das políticas públicas com base na questão das cotas sociais e raciais. Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2016.
- MENDONÇA, Samuel. Objeções à igualdade e à democracia: a diferença como base da educação aristocrática. ETD - Educação Temática Digital, volume 14, 2012.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; CARCARÁ, Thiago Anastácio. Discurso do ódio e democracia: participação das minorias na busca pela tolerância. In: Margareth Anne Leister,

- Fausto Santos de Moraes, Juvêncio Borges Silva. (Org.). Direitos fundamentais e democracia I. 1ed. Florianópolis, 2014.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORAIS, Fausto Santos. Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. 2 ed, ver e atual. Salvador, Juspodivum, 2018.
- NALINI, José Renato. A formação do Juiz após a emenda à Constituição nº 45/04. Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 1, n. 1, abr. 2006.
- OLIVA, Liliana Brandão. O direito e a moral com enfoque nas perspectivas de Hans Kelsen e Ronald Dworkin. Artigo apresentado para obtenção do título de mestrado em direito, Universidade Federal da Bahia, 2011.
- ORWELL, George. A revolução dos bichos. Livro digital. Editora Ridendo Castigat Mores, 2000.
- PERELMAN, Chaim. The rational and the reasonable. *Philosophic Exchange*, vol 10, number 1, p. 29-34, 1979.
- POPPER, Karl Raimund. A sociedade aberta e seus inimigos. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Ed. USP, 1974.
- RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ROIG, Rafael de Asis. Sobre el defensor de la constitución. *Foro Jurídico*, vol. 8, 2006.
- ROSENFELD, Denis Lerrer. Democracia e liberdade de escolha. *Revista opinião filosófica* n 01, v 01, 2010
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. Tradução Paulo Nevez. Porto Alegre: L&PM, 2009.
- SANCHÍS, Luis Pietro. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. *Revista Doxa*, volume 23, 2000.
- SANCHIS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y positivismo. *Cronca jurídica hispalense*, v 14, pg 263-279, 2016.
- SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na constituição federal. 1 ed. 3ª tiragem. Editora Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2003.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.
- SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, socialismo e democracia. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

- SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável Revista dos Tribunais, volume 798: 23-50, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2003.
- SOARES, Alessandro. A democracia direta e a proteção dos direitos das minorias: considerações sobre a tese da tirania da maioria. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 13, n. 1 Santa Maria, 2018.
- SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. O tribunal constitucional como poder. São Paulo. Memória Jurídica Editora, 2002.
- STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas concretas em Direito. 2ª edição revista e ampliada, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (hércules, júpiter e hermes) – dois decálogos necessários. Revista de direitos e garantias fundamentais, n.7, Vitória, 2010b.
- STRECK, Lenio Luiz. Contra O Neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Programa de Pós-graduação em Direito n.4, Curitiba: 2012
- STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy Revista Direito e Práxis, vol. 4, núm. 7, pp. 343-367 Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: leis e costumes. Tradução Eduardo Brandão. 2ª ed – São Paulo: Martins Fontes, 2005
- TORRES, Luis Fernando. Legitimidad de la justicia constitucional. Quito: Librería Jurídica Cevallos, 2003.
- VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Presidencialismo de coalização: exame do atual sistema de governo brasileiro: São Paulo. Saraiva, 2015
- ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El juez constitucional en el siglo XXI. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional núm. 10, julio-diciembre 2008.

## APÊNDICES

APÊNDICE A – APRESENTAÇÃO DOS DADOS DE PESQUISA UTILIZANDO O SISTEMA DE BUSCAS DE JURISPRUDÊNCIAS DO SITE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, FILTRANDO ACÓRDÃOS PUBLICADOS ENTRE 01/05/2020 E 31/05/2020, COM A PRESENÇA DOS TERMOS “NULIDADE”, “AUSÊNCIA” E “FUNDAMENTAÇÃO”.

- 1 - 1034384-73.2017.8.26.0002; Relator(a): AZUMA NISHI; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data de publicação: 10/08/2020
- 2 - 2028534-22.2020.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena ; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 30/05/2020
- 3 - 2104333-08.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena ; Comarca: Pirajuí; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 30/05/2020
- 4 - 2077265-83.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 30/05/2020
- 5 - 1001947-59.2018.8.26.0352; Classe/Assunto: Apelação Cível / Direito de Imagem; Relator(a): Mary Grün; Comarca: Miguelópolis; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 29/05/2020
- 6 - 2033659-68.2020.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): Neto Barbosa Ferreira ; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 29/05/2020
- 7 - 2085098-21.2020.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): Fernanda Gomes Camacho; Comarca: Lins; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 29/05/2020
- 8 - 2054231-45.2020.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): Campos Mello; Comarca: Santo André; Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 29/05/2020
- 9 - 2067961-26.2020.8.26.0000; Classe/Assunto: Habeas Corpus Criminal; Relator(a): Sérgio Coelho; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 29/05/2020
- 10 - 1501230-67.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 29/05/2020
- 11 - 1009544-20.2017.8.26.0577; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Marcus Vinicius Rios Gonçalves; Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 29/05/2020
- 12 - 2041136-45.2020.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): Edson Luiz de Queiróz ; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 29/05/2020
- 13 - 1024031-74.2016.8.26.0562; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Hugo Crepaldi ; Comarca: Santos; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 29/05/2020

- 14 - 1054435-66.2016.8.26.0576; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Rodolfo Pellizari; Comarca: São José do Rio Preto ; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 28/05/2020
- 15 - 2215464-85.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): Plinio Novaes de Andrade Júnior; Comarca: São Paulo ; Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 28/05/2020
- 16 - 2009969-10.2020.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): Tercio Pires; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 28/05/2020
- 17 - 2105701-86.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Embargos de Declaração Cível; Relator(a): Silvia Maria Facchina Esposito Martinez; Comarca: Boituva; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 28/05/2020
- 18 - 1018691-29.2016.8.26.0602; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Jonize Sacchi de Oliveira ; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 28/05/2020
- 19 - 1509471-59.2019.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Kleber Leyser de Aquino; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 28/05/2020
- 20 - 1501109-05.2018.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Kleber Leyser de Aquino; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 28/05/2020
- 21 - 2019075-93.2020.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): Fábio Podestá; Comarca: Mauá; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 28/05/2020
- 22 - 1004381-55.2015.8.26.0019; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Rebouças de Carvalho; Comarca: Americana; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 28/05/2020
- 23 - 1026657-69.2018.8.26.0506; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Walter Barone; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 27/05/2020
- 24 - 1500165-31.2019.8.26.0414; Classe/Assunto: Apelação Criminal; Relator(a): Eduardo Abdalla; Comarca: Palmeira D Oeste; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 27/05/2020
- 25 - 1503722-66.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 27/05/2020
- 26 - 1500800-81.2018.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 27/05/2020
- 27 - 2012880-92.2020.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 27/05/2020
- 28 - 2003025-89.2020.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo Interno Cível; Relator(a): Luiz Antonio de Godoy; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/05/2020; Data de publicação: 27/05/2020
- 29 - 2003025-89.2020.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): Luiz Antonio de Godoy; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 27/05/2020

- 30 - 0040661-75.2017.8.26.0050; Classe/Assunto: Apelação Criminal; Relator(a): Camilo Lélis; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 27/05/2020
- 31 - 1001998-50.2019.8.26.0024; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): José Eduardo Marcondes Machado; Comarca: Andradina; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 27/05/2020
- 32 - 1047150-07.2017.8.26.0602; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Luis Fernando Nishi; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 27/05/2020
- 33 - 2046491-70.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena ; Comarca: Ubatuba; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 27/05/2020
- 34 - 2118674-39.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: Piracicaba; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 26/05/2020
- 35 - 1003232-32.2017.8.26.0220; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ana Maria Baldy; Comarca: Guaratinguetá; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 26/05/2020
- 36 - 1003302-03.2018.8.26.0127; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Jarbas Gomes; Comarca: Carapicuíba; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 26/05/2020
- 37 - 1514931-32.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 26/05/2020
- 38 - 1508289-43.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 26/05/2020
- 39 - 1507624-27.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 26/05/2020
- 40 - 1512511-54.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 26/05/2020
- 41 - 1005763-88.2017.8.26.0609; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Christine Santini; Comarca: Taboão da Serra; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 25/05/2020—
- 42 - 0001258-69.2020.8.26.0996; Classe/Assunto: Agravo de Execução Penal; Relator(a): Marcelo Gordo; Comarca: Presidente Prudente; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 23/05/2020
- 43 - 0006578-43.2019.8.26.0509; Classe/Assunto: Agravo de Execução Penal; Relator(a): Osni Pereira; Comarca: Araçatuba; Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 22/05/2020
- 44 - 1044508-08.2018.8.26.0576; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Vito Guglielmi; Comarca: São José do Rio Preto ; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 22/05/2020
- 45 - 1071851-83.2017.8.26.0100; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Clara Maria Araújo Xavier; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 22/05/2020

- 46 - 2064057-95.2020.8.26.0000; Classe/Assunto: Habeas Corpus Criminal; Relator(a): Klaus Marouelli Arroyo; Comarca: Guaratingueta; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 21/05/2020
- 47 - 1500227-45.2019.8.26.0552; Classe/Assunto: Apelação Criminal; Relator(a): Freitas Filho; Comarca: Porto Ferreira; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 20/05/2020
- 48 - 1500406-03.2019.8.26.0544; Classe/Assunto: Apelação Criminal; Relator(a): Freitas Filho; Comarca: Franco da Rocha; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 20/05/2020
- 49 - 1028661-70.2017.8.26.0100; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Henrique Rodriguero Clavisio; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 20/05/2020
- 50 - 1001733-44.2018.8.26.0554; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Rosangela Telles; Comarca: Santo André; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 20/05/2020
- 51 - 1019176-39.2018.8.26.0576; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Tercio Pires; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 20/05/2020
- 52 - 1008023-69.2015.8.26.0590; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Neto Barbosa Ferreira; Comarca: São Vicente; Órgão julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 19/05/2020
- 53 - 4016095-35.2013.8.26.0114; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Cesar Lacerda; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 19/05/2020
- 54 - 2077149-43.2020.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): Paulo Ayrosa; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 19/05/2020
- 55 - 0001602-50.2020.8.26.0996; Classe/Assunto: Agravo de Execução Penal; Relator(a): Camargo Aranha Filho; Comarca: Presidente Prudente; Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 19/05/2020
- 56 - 1021698-92.2017.8.26.0602; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Rodolfo Pellizari; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 19/05/2020
- 57 - 1008352-52.2014.8.26.0223; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Rodolfo Pellizari; Comarca: Guarujá; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 19/05/2020
- 58 - 1032182-52.2019.8.26.0100; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Hélio Nogueira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 18/05/2020
- 59 - 1519196-77.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 18/05/2020
- 60 - 1506746-05.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 18/05/2020
- 61 - 1004387-42.2018.8.26.0218; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: Guararapes; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 18/05/2020

- 62 - 1515454-10.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 18/05/2020
- 63 - 1504451-24.2018.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 18/05/2020
- 64 - 1500893-78.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 18/05/2020
- 65 - 1032878-88.2019.8.26.0100; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Francisco Giaquinto; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 18/05/2020
- 66 - 1500554-22.2019.8.26.0024; Classe/Assunto: Apelação Criminal; Relator(a): Leme Garcia; Comarca: Andradina; Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 18/05/2020
- 67 - 1007915-71.2019.8.26.0114; Classe/Assunto: Apelação; Relator(a): Oscild de Lima Júnior; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 18/05/2020
- 68 - 1518633-19.2019.8.26.0228; Classe/Assunto: Apelação Criminal; Relator(a): Otávio de Almeida Toledo; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 18/05/2020
- 69 - 0000574-37.2016.8.26.0301; Classe/Assunto: Apelação Criminal; Relator(a): Ely Amioka; Comarca: Jarinu; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 18/05/2020
- 70 - 1125001-08.2019.8.26.0100; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Henrique Rodriguero Clavasio; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 18/05/2020
- 71 - 1504568-83.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Silva Russo; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 16/05/2020
- 72 - 1007706-18.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Silva Russo; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 16/05/2020
- 73 - 1000306-26.2019.8.26.0441; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Silva Russo; Comarca: Peruíbe; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 16/05/2020
- 74 - 1500208-20.2018.8.26.0311; Classe/Assunto: Apelação Criminal; Relator(a): Mauricio Valala; Comarca: Junqueirópolis; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 15/05/2020
- 75 - 1500366-16.2018.8.26.0557; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Sulaiman Miguel; Comarca: Olímpia; Órgão julgador: Câmara Especial; Data de publicação: 15/05/2020
- 76 - 1099383-95.2018.8.26.0100; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Pessoa de Mello Belli; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 15/05/2020
- 77 - 0011071-50.2016.8.26.0224; Classe/Assunto: Apelação Criminal; Relator(a): Ely Amioka; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 15/05/2020

- 78 - 1061584-57.2014.8.26.0100; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Marino Neto; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 13/05/2020
- 79 - 1514943-46.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 80 - 1511375-22.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 81 - 1504589-88.2018.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 82 - 1503185-70.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 83 - 1502606-54.2018.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 84 - 1501600-46.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 85 - 1501423-82.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 86 - 1510373-17.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 87 - 1500994-18.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 88 - 1500833-08.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 89 - 1503138-96.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 90 - 1511086-55.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 91 - 1512303-65.2019.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 92 - 1511877-53.2019.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 93 - 1508418-43.2019.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020

- 94 - 1511062-56.2019.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 95 - 1503734-12.2018.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 96 - 1508167-25.2019.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 97 - 1513395-49.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 13/05/2020
- 98 - 1005697-05.2017.8.26.0320; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Erbeta Filho; Comarca: Limeira; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 12/05/2020
- 99 - 0016179-67.2019.8.26.0996; Classe/Assunto: Agravo de Execução Penal; Relator(a): Osni Pereira; Comarca: Presidente Prudente; Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 12/05/2020
- 100 - 1021079-78.2018.8.26.0554; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: Santo André; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 12/05/2020
- 101 - 1506796-31.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 12/05/2020
- 102 - 1511342-27.2019.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ricardo Chimenti; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 12/05/2020
- 103 - 1024504-80.2015.8.26.0405; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Luis Fernando Nishi; Comarca: Osasco; Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 11/05/2020
- 104 - 1005446-35.2019.8.26.0637; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Maria Lúcia Pizzotti; Comarca: Tupã; Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 11/05/2020
- 105 - 1049040-75.2017.8.26.0506; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Lígia Araújo Bisogni; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 11/05/2020
- 106 - 1501879-89.2016.8.26.0136; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: Cerqueira César; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 107 - 1501640-28.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020.
- 108 - 1514880-84.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020;
- 109 - 1510393-08.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020

- 110 - 1001693-60.2015.8.26.0136; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: Cerqueira César; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 111 - 1504542-85.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 112 - 1507413-83.2019.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 113 - 1500515-48.2017.8.26.0136; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: Cerqueira César; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 114 - 1501287-85.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 115 - 1501014-09.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 116 - 1500891-11.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 117 - 1511963-29.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 118 - 1503684-77.2016.8.26.0136; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: Cerqueira César; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 119 - 2087615-96.2020.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 120 - 1509371-12.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 121 - 1502227-10.2016.8.26.0136; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: Cerqueira César; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 122 - 1514930-13.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 123 - 1501380-48.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 124 - 1514423-52.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 125 - 1512983-55.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020

- 126 - 1510582-78.2019.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 127 - 1509084-49.2016.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 128 - 1501333-74.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Data de publicação: 11/05/2020
- 129 - 1501561-49.2017.8.26.0564; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 130 - 1500925-43.2016.8.26.0136; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: Cerqueira César; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 131 - 1502300-79.2016.8.26.0136; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Raul De Felice; Comarca: Cerqueira César; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 132 - 1000562-82.2016.8.26.0405; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Antonio Tadeu Ottoni; Comarca: Osasco; Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 11/05/2020
- 133 - 1003290-33.2019.8.26.0586; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Claudia Grieco Tabosa Pessoa; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 11/05/2020
- 134 - 2019155-57.2020.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): Ana Lucia Romanhole Martucci; Comarca: Americana; Órgão julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 11/05/2020
- 135 - 1001087-88.2019.8.26.0654; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Marcelo L Theodósio; Comarca: Vargem Grande Paulista; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 08/05/2020
- 136 - 1026683-17.2019.8.26.0576; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Afonso Bráz; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 08/05/2020
- 137 - 1000123-13.2017.8.26.0510; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Daise Fajardo Nogueira Jacot; Comarca: Rio Claro; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 07/05/2020
- 138 - 1005666-06.2017.8.26.0604; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Renato Rangel Desinano; Comarca: Sumaré; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 07/05/2020
- 139 - 1500390-11.2017.8.26.0062; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Beatriz Braga; Comarca: Bariri; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data de publicação: 07/05/2020
- 140 - 1006891-98.2016.8.26.0506; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): JAIRO BRAZIL FONTES OLIVEIRA; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 07/05/2020
- 141 - 0000577-08.2020.8.26.0509; Classe/Assunto: Agravo de Execução Penal; Relator(a): Freitas Filho; Comarca: Araçatuba; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 06/05/2020
- 142 - 0000365-78.2020.8.26.0996; Classe/Assunto: Agravo de Execução Penal; Relator(a): Diniz Fernando; Comarca: Presidente Prudente; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 06/05/2020

- 143 - 0005700-72.2016.8.26.0526; Classe/Assunto: Apelação Criminal; Relator(a): Alcides Malossi Junior; Comarca: Salto; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 06/05/2020
- 144 - 1069493-77.2019.8.26.0100; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Adilson de Araujo; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 06/05/2020
- 145 - 0003261-67.2014.8.26.0394; Classe/Assunto: Apelação Criminal; Relator(a): Grassi Neto; Comarca: Nova Odessa; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 06/05/2020
- 146 - 2179711-67.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo Interno Cível; Relator(a): Flávio Cunha da Silva; Comarca: Valinhos; Órgão julgador: 19º Grupo de Câmaras Direito Privado; Data de publicação: 05/05/2020
- 147 - 1017369-59.2015.8.26.0100; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Denise Andréa Martins Retamero; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 05/05/2020
- 148 - 1501897-10.2018.8.26.0567; Classe/Assunto: Apelação Criminal; Relator(a): Gilberto Ferreira da Cruz; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 04/05/2020
- 149 - 0000803-33.2018.8.26.0428; Classe/Assunto: Apelação Criminal; Relator(a): Alexandre Almeida; Comarca: Paulínia; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Data de publicação: 04/05/2020
- 150 - 1001761-86.2018.8.26.0400; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Afonso Bráz; Comarca: Olímpia; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 04/05/2020
- 151 - 1023474-13.2019.8.26.0100; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Vito Guglielmi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 04/05/2020
- 152 - 1002967-04.2014.8.26.0198; Classe/Assunto: Apelação Cível; Relator(a): Ana Lucia Romanhole Martucci; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 04/05/2020
- 153 - 2046729-89.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 154 - 2024876-24.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 155 - 2188370-02.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 156 - 2044843-55.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 157 - 2041992-43.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 158 - 2044502-29.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020

- 159 - 2043516-75.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 160 - 2196658-36.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 161 - 2036648-81.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 162 - 2031466-17.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 163 - 2042011-49.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 164 - 2025067-69.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 165 - 2195938-69.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 166 - 2204383-76.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 167 - 2194688-98.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 168 - 2200029-08.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 169 - 2029655-22.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 170 - 2043630-14.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 171 - 2025887-88.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 172 - 2196784-86.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 173 - 2020696-62.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 174 - 2190923-22.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020

- 175 - 2041921-41.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 176 - 2193485-04.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 177 - 2022580-29.2019.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 178 - 2195471-90.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 179 - 2195921-33.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 180 - 2223185-25.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 181 - 2216248-96.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 182 - 2216262-80.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 183 - 2226870-40.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 184 - 2270525-62.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: Catanduva; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 185 - 2186491-57.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 186 - 2185812-57.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 187 - 2186531-39.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 188 - 2177426-38.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 189 - 2181490-91.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020
- 190 - 2181255-27.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020

191 - 2180136-31.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020

192 - 2182398-51.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020

193 - 2187512-68.2018.8.26.0000; Classe/Assunto: Agravo de Instrumento; Relator(a): João Batista Vilhena; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data de publicação: 02/05/2020

APÊNDICE B - APRESENTAÇÃO DOS DADOS DE PESQUISA FILTRANDO TODOS OS PROCESSOS DE 13/09/2018 ATÉ 31/12/2019 COM O TERMO “PROPORCIONALIDADE” NO ACÓRDÃO NO SITE DO STG. A PESQUISA FOI REALIZADA NO PORTAL DO STF NO DIA 03/01/2020, ÀS 15H24MIN.

Casos enquadrados como de correta fundamentação.

Classe/número: Reclamação 33.711 São Paulo; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 11/06/2019

Classe/número: Arguição de descumprimento de preceito fundamental 449 DF; Relator: Ministro Luiz Fux; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 08/05/2019

Classe/número: Ação direta de inconstitucionalidade 5.243 Distrito Federal; Relator: Ministro Alexandre de Moraes; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 11/04/2019

Classe/número: Emb. Decl. Na ação direta de inconstitucionalidade 3306 DF; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 12/03/2019

Classe/número: Habeas Corpus 127573 São Paulo; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 13/12/2019

Classe/número: Ação direta de inconstitucionalidade 4.406 Distrito Federal; Relator: Ministra Rosa Weber; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 18/10/2019

Classe/número: Ação direta de inconstitucionalidade 4.974 Distrito Federal; Relator: Ministra Rosa Weber; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 08/10/2019

Classe/número: Ação direta de inconstitucionalidade 5.139 Alagoas; Relator: Ministra Cármen Lúcia; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 11/10/2019

Classe/número: Ação direta de inconstitucionalidade 3.145 Distrito Federal; Relator: Ministro Luiz Fux; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 03/10/2019

Classe/número: Ação direta de inconstitucionalidade 5.720 Bahia; Relator: Ministro Alexandre De Moraes; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 20/09/2019

Classe/número: Ação direta de inconstitucionalidade 1.724 Rio Grande do Norte; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 30/08/2019

Classe/número: Ação direta de inconstitucionalidade 3995 Distrito Federal; Relator: Ministro Roberto Barroso; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 13/12/2018

Classe/número: Ação direta de inconstitucionalidade 5044 Distrito federal; Relator: Ministro Alexandre de Moraes; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 11/10/2018

Classe/número: Arguição de descumprimento de preceito fundamental 541 DF; Relator: Ministro Roberto Barroso; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 26/09/2018

Classe/número: Ação direta de inconstitucionalidade 4988 Tocantis; Relator: Ministro Alexandre de Moraes; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 19/09/2018

Casos enquadrados como fundamentação insatisfatória

Classe/número: AG. Reg. Na Reclamação 34.528 rio Grande do Sul Relator: Ministro Gilmar Mendes; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 28/06/2019

Classe/número: Ag. Reg. No recurso Extraordinário com agravo 1.195.004 Sergipe; Relator: Ministro Dias Toffoli; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 28/06/2019

Classe/número: Ag. Reg no Habeas Corpus 168.769 São Paulo; Relator: Ministro Luiz Fux; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 24/06/2019

Classe/número: Ag. Reg. No recurso Extraordinário com agravo 1142524 São Paulo; Relator: Ministro Luiz Fux; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 31/05/2019

Classe/número: Ag. Reg. No Recurso Extraordinário 962114 Santa Catarina; Relator: Ministro Luiz Fux; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 31/05/2019

Classe/número: A. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo 967731 Ceará; Relator: Ministro Luiz Fux; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 31/05/2019

Classe/número: Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com agravo 1190506 São Paulo; Relator: Ministro Dias Toffoli; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 10/05/2019

Classe/número: Ag. Reg no Habeas Corpus 157167 Pernambuco; Relator: Ministro Celso de Mello; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 29/04/2019

Classe/número: Ag. Reg. No Habeas Corpus 159727 Santa Catarina; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 05/04/2019

Classe/número: Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com agravo 1176855 paraná; Relator: Ministro Dias Toffoli; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 29/03/2019

Classe/número: Ag. Reg. No Recurso Extraordinário 1006676 São Paulo; Relator: Ministro Edson Fachin; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 22/03/2019

Classe/número: Ag. Reg em Mandado de Segurança 35 835 DF; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 01/03/2019

Classe/número: Ag. Reg. No Habeas Corpus 148459 DF; Relator: Ministro Alexandre de Moraes; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 01/03/2019

Classe/número: Ag. Reg. No Recurso Extraordinário 1145279 Santa Catarina; Relator: Ministro Celso de Mello; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 01/03/2019

Classe/número: Ag. Reg. No Recurso Ordinário em MS 32924 DF; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 22/02/2019

Classe/número: Ag. Reg. No Recurso Ordinário em MS 32768 DF; Relator: Ministro Edson Fachin; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 22/02/2019

Classe/número: Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo 1151042 São Paulo Relator: Ministra Cármen Lúcia; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 22/02/2019

Classe/número: Ag. Reg no Recurso Extraordinário com agravo 1161925 São Paulo; Relator: Ministro Celso de Mello; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 22/02/2019

Classe/número: Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo 906967 são paulo; Relator: Ministro Edson Fachin; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 15/02/2019

Classe/número: Ag. Reg no recurso extraordinário 1023210 Ceará; Relator: Ministro Edson Fachin; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 15/02/2019

Classe/número: Habeas Corpus 135;164 Mato Grosso; Relator: Ministro Marco Aurélio; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 23/04/2019

Classe/número: Habeas Corpus 139503 MG; Relator: Ministro Marco Aurélio; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 10/03/2019

Classe/número: Emb. Decl. No Ag. Reg no Recurso Extraordinário com Agravo 1110171 Espírito Santo; Relator: Ministro Ricardo Lewandowski; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 31/05/2019

Classe/número: Embargos de declaração no agravo regimento no recurso extraordinário com agravo 1231225 SP; Relator: Ministro Luiz Fux; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 20/12/2019

Classe/número: Embargos de declaração no agravo regimento no recurso extraordinário com agravo DF; Relator: Ministro Edson Fachin; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 05/11/2019

Classe/número: Ação direta de inconstitucionalidade 2.485 Rio Grande Do Sul; Relator: Ministra Cármen Lúcia; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 06/12/2019

Classe/número: Emb.decl. na ação direta de inconstitucionalidade 2.334; Relator: Ministra Rosa Weber; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 29/11/2019

Classe/número: Ação direta de inconstitucionalidade 5.542 Rio Grande Do Sul; Relator: Ministro Roberto Barroso; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 20/11/2019

Classe/número: Segundos emb.decl. no recurso extraordinário 870.947 Sergipe; Relator: Ministro Luiz Fux; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 03/10/2019

Classe/número: Quartos emb.decl. no recurso extraordinário 870.947 Sergipe; Relator: Ministro Luiz Fux; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 03/10/2019

Classe/número: Emb.decl. no recurso extraordinário 870.947 Sergipe; Relator: Luiz Fux; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 03/10/2019

Classe/número: Terceiros emb.decl. no recurso extraordinário 870.947 Sergipe; Relator: Ministro Luiz Fux; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 03/10/2019

Classe/número: Emb.decl. no ag.reg. no recurso extraordinário com agravo 1.178.410 Distrito Federal; Relator: Ministro Roberto Barroso; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 27/09/2019

Classe/número: Arguição de descumprimento de preceito fundamental 364 São Paulo; Relator: Ministra Cármen Lúcia; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 11/09/2019

Classe/número: Ação direta de inconstitucionalidade 4.659 Distrito Federal; Relator: Ministro Luiz Fux; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 30/08/2019

Classe/número: Ação direta de inconstitucionalidade 5.142 Bahia; Relator: Ministro Alexandre De Moraes; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 23/08/2019

Classe/número: Ação direta de inconstitucionalidade 3150 DF; Relator: Ministro Marco Aurélio; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 13/12/2018

Classe/número: Décima segunda questão de ordem na ação penal 470 Minas Gerais; Relator: Ministro Roberto Barroso; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 13/12/2018

Classe/número: Habeas Corpus 139198 Paraná; Relator: Ministro Marco Aurélio; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 06/11/2018

Classe/número: Habeas Corpus 143.511 Santa Catarina; Relator: Ministro Marco Aurélio; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 16/10/2018

Classe/número: Ação direta de inconstitucionalidade 5462 Rio de Janeiro; Relator: Ministro Alexandre de Moraes; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 11/10/2018

Classe/número: Habeas Corpus 142083; Relator: Ministro Marco Aurélio; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 02/10/2018

Classe/número: Habeas Corpus 141375; Relator: Ministro Marco Aurélio; Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal; Data: 02/10/2018