

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO DE DECISÕES JUDICIAIS:
um estudo do uso da “proporcionalidade” e da “razoabilidade” como ferramentas de
decisão

Juliana Endriss Carneiro Campello

Prof^a. Dr^a. Virgínia Colares Soares Figueirêdo Alves
(orientadora)

RECIFE
2014

Juliana Endriss Carneiro Campello

ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO DE DECISÕES JUDICIAIS:
um estudo do uso da “proporcionalidade” e da “razoabilidade” como ferramentas de
decisão

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientadora: Profa. Dra. Virgínia Colares Soares Figueirêdo Alves

RECIFE
2014

Juliana Endriss Carneiro Campello

ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO DE DECISÕES JUDICIAIS:

um estudo do uso da “proporcionalidade” e da “razoabilidade” como ferramentas de decisão

Dissertação submetida à comissão examinadora designada pelo colegiado do mestrado da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP/PE, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Banca examinadora:

PROF. DRA. VIRGÍNIA COLARES SOARES FIGUEIRÊDO ALVES
(Orientador/UNICAP)

PROF^a. DR^a. VIRGÍNIA LEAL
(Titular Externo/ UFPE)

PROF. DR. JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA
(Titular interno/UNICAP)

PROF. DR. LÚCIO GRASSI GOUVEIA
(Titular interno/UNICAP)

RECIFE

2014

Dedico este trabalho a Otto, ainda no ventre, pelo tempo que lhe foi subtraído.

RESUMO

A presente pesquisa investiga a construção do discurso jurídico nos casos decididos a partir dos conceitos de “proporcionalidade” e de “razoabilidade” como ferramentas de decisão. A metodologia inscreve-se na análise crítica do discurso (ACD) que concebe a linguagem numa perspectiva tridimensional, ou seja, a análise do texto dentro de uma prática discursiva e essa imersa numa prática social. Essa agenda, aplicada a dados na instância jurídica, busca desalojar a ideia de que a linguagem é mero instrumento para a realização do Direito. Trabalha-se com a superação da visão positivista da norma pronta e acabada no texto, partindo-se da premissa de que o sentido normativo é construído pelo juiz através da interpretação textual ideologicamente orientada. O estudo justifica-se pelo fato de que o uso da “proporcionalidade” e “razoabilidade” como instrumentos de legitimação jurídica das decisões judiciais vem acarretando drástica oscilação dos sentidos normativos e, conseqüentemente, decisões discrepantes em casos semelhantes, mascarando posições ideológicas do julgador sobre as questões sociais que permeiam os conflitos judicializados.

Palavras-Chave: Linguagem. Realidade. Discurso Jurídico. Análise Crítica do Discurso (ACD). Conceitos Indeterminados. Proporcionalidade. Razoabilidade.

ABSTRACT

This research investigates the construction of legal discourse in cases decided using the concepts of "proportionality" and "reasonableness" as decision tools. The methodology is based on the Critical Discourse Analysis (CDA), that conceives the use of language in a three-dimensional perspective, but also, the analysis of text within a discursive practice and this immersed in a social practice. This agenda of work, applied to data in legal proceedings, seeks to dislodge the idea that language is merely an instrument for the realization of Law. The approach is based on the idea that one should overcome the positivist view of ready and finished standard text, and that the normative meaning is constructed by the judge through ideologically driven textual interpretation. This study is justified by the fact that the use of "proportionality" and "reasonableness" as instruments of legal legitimacy of judicial decisions has been causing drastic fluctuation of normative senses and therefore differing judgments in similar cases, masking ideological positions of the judge on social issues that permeate the judicialized conflicts .

Keywords:

Language. Reality. Legal Discourse. Critical Discourse Analysis (CDA). Indeterminate Concepts. Proportionality. Reasonableness.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Des.	Desembargador
Min.	Ministro
Rel.	Relator
ACD	Análise Crítica do Discurso
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF/88	Constituição Federal de 1988
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ENEM	Exame Nacional de Ensino Médio
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
MEC	Ministério da Educação
REFIS	Programa de Recuperação Fiscal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A LINGUAGEM COMO ATIVIDADE SOCIAL	12
1.1 Linguagem e realidade.....	12
1.2 Deslocando o foco do signo para o discurso.....	16
1.3 A linguagem sob a perspectiva da análise crítica do discurso.....	22
2 A LINGUAGEM JURÍDICA: DO TEXTO LEGAL À DECISÃO JUDICIAL	29
2.1 A textura aberta da linguagem jurídica.....	29
2.2 A superação da linguagem jurídica fundamentada na lógica forma.....	36
2.3 Texto legal e norma.....	43
2.3.1 <i>Regras, princípios e normas</i>	43
2.3.2 <i>Decisão, jurisprudência e sentido normativo</i>	52
3 A QUESTÃO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NO DIREITO	59
3.1 Breves noções jurídicas.....	59
3.2 Princípios, postulados ou regras?.....	66
3.3 A falácia da solução para todos os problemas judicializados.....	70
4 CONCEITOS JURÍDICOS VAGOS E INDETERMINADOS: A OSCILAÇÃO DOS SENTIDOS	77
4.1 O conceito do conceito e o grau de indeterminação.....	77
4.2 A atividade criativa do juiz e o espaço livre de preenchimentos de valoração: Há limites para a oscilação dos sentidos?.....	84
5 ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO DE DECISÕES JUDICIAIS	92
5.1 Enquadre metodológico da pesquisa.....	92
5.2 Análises das decisões.....	94
5.3.1 <i>Primeiro par: decisões A e B</i>	94
5.3.2 <i>Segundo par: decisões C e D</i>	106
5.3.3 <i>Terceiro par: decisões E e F</i>	125
5.3.4 <i>Quarto par: decisões G e H</i>	138
5.3.5 <i>Quinto par: decisões I e J</i>	151
5.3 Discussão e resultados.....	161
CONSIDERAÇÕES FINAIS	166
REFERÊNCIAS	170

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo identificar como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade são manipulados no discurso jurídico e a sua conexão com diversas questões sociais, adotando-se a ACD como metodologia de pesquisa, que concebe a linguagem numa perspectiva tridimensional, ou seja, a análise do texto dentro de uma prática discursiva e essa imersa numa prática social. Essa agenda, aplicada a dados da instância jurídica, busca desalojar a ideia de que a linguagem é mero instrumento para a realização do Direito.

A pesquisa mostra-se relevante, na medida em que há certo tempo a doutrina vem denunciando o uso aleatório dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como ferramentas decisórias, sem, contudo, fazer a conexão desse uso com as questões sociais que perpassam o contexto discursivo das decisões judiciais. Dessa forma, o presente trabalho procura avançar no debate em torno dessa problemática adotando um outro olhar, a partir de uma pesquisa interdisciplinar envolvendo linguagem e Direito, sob a perspectiva da ACD.

No primeiro capítulo faz-se uma incursão sobre a concepção da linguagem como prática social e seu papel na forma de enxergar o mundo. Para isso, ultrapassa-se a visão da linguagem como representativa da realidade, a partir do reconhecimento da sua função significativa. A pesquisa avança para o entendimento da linguagem como uma forma de ação sobre o mundo percebido na dimensão da práxis, de forma que, sob a perspectiva da linguagem como prática social, torna-se ingênuo imaginar que exista “uma” realidade, de forma unívoca e inquestionável.

Ainda no primeiro capítulo será trilhado um breve percurso do signo ao discurso, pontuando a evolução do pensamento linguístico em direção a questões da ordem da fala e do discurso relacionadas ao contexto e à situação, de modo que o “sentido” passa a ser mais relevante que o “significado”, não havendo linguagem fora de um contexto. Nessa trajetória, a linguagem atinge o estágio discursivo donde são perceptíveis as marcas ideológicas que permeiam a superfície do texto e conduzem os sentidos dele construídos. Fixadas tais premissas, passa-se ao exame da linguagem

sob o olhar da ACD, e suas bases teóricas, como método interdisciplinar de análise discursiva que articula a análise linguística do texto e suas conexões com questões sociais. Em seguida, discorre-se sobre a aplicação dessa metodologia no discurso jurídico.

No segundo capítulo, a pesquisa volta-se especificamente à linguagem jurídica, do texto legal à decisão judicial. O enfoque inicial é para a textura aberta da linguagem jurídica em duas perspectivas. De um lado, como decorrência das propriedades potenciais da linguagem ordinária como a polissemia, a vaguidade, a ambiguidade e a porosidade, embora haja resistência dos juristas em admitir a indeterminação como condição natural da língua. Do outro, como resultado da formatação do Direito mediante linguagem geral e abstrata que, em muitos casos, gera incertezas acerca do comportamento exigido em razão das peculiaridades verificadas no caso concreto.

Em sendo o Direito um sistema de normas incapaz de captar todos os acontecimentos da vida social, haverá casos em que as regras jurídicas não compreenderão determinadas situações (caindo-se num vazio normativo), ou não as oferecerão uma resposta adequada (o caso particular não se ajusta à regra geral como resposta justa e socialmente aceitável) ou ainda a linguagem, que lhe serve de veículo, será imprecisa (a regra permite várias interpretações de modo que a resposta correta irá depender do contexto do caso concreto posto a julgamento). A textura aberta da linguagem jurídica é, sobretudo, intensificada se a regra estiver calcada em conceitos com alto grau de indeterminação.

No segundo capítulo também ganha enfoque a superação da linguagem jurídica fundamentada na lógica formal, que marcou o pensamento jurídico até meados do século XX. Nesse tópico, ressalta-se a importância das teorias da argumentação na desconstrução da ideia de que a linguagem jurídica opera-se de acordo com a lógica formal, a partir da demonstração de que o raciocínio desenvolvido pelo julgador é influenciado por aspectos valorativos na busca da decisão correta: aquela justa, equânime e socialmente aceitável.

Adiante, ainda no capítulo destinado à linguagem jurídica, passa-se à análise da distinção entre texto (aqui concebido como dispositivo legal ou enunciado jurídico) e

norma, desmistificando a ideia de que a norma jurídica encontra-se pronta e acabada na superfície do texto legal. Discute-se ainda o papel das regras e princípios dentro do sistema jurídico e suas deficiências na concretização do Direito, bem como a questão do sentido normativo na dimensão concreta da decisão judicial e na dimensão mais ampla da jurisprudência.

O terceiro capítulo enfrentará a questão da “proporcionalidade” e da “razoabilidade” no Direito, em três etapas. Primeiro, serão traçadas breves noções jurídicas sobre tais conceitos, analisando os pontos distintivos apresentados por alguns doutrinadores, bem como os aspectos que os aproximam e levam parte da doutrina e a jurisprudência a tratá-los como conceitos equivalentes. Passa-se então à análise metodológica da concepção alemã acerca do princípio da proporcionalidade, extensível ao princípio da razoabilidade, fincada na técnica da ponderação, importada, de forma maciça, pelos juristas e Tribunais brasileiros. Num segundo momento, discute-se se a “proporcionalidade” e “razoabilidade” são princípios, regras ou postulados de Direito e sua atuação como ferramenta decisória. Por fim, busca-se debater a fragilidade da técnica da ponderação e o uso “imponderado” de tais balizas pelo Poder Judiciário brasileiro.

No quarto capítulo, a pesquisa apresentará uma abordagem sobre conceitos jurídicos vagos e indeterminados a partir da classificação jurídica que leva em conta o grau de indeterminação de tais conceitos, fazendo um cotejo com a oscilação dos sentidos normativos. Discute-se ainda, nesse capítulo, a atividade criativa do juiz na concretização do Direito e os possíveis limites para a alternância dos sentidos normativos.

No quinto e último capítulo expõe-se o enquadre metodológico da pesquisa, passando, em seguida, às análises minuciosas dos discursos de cinco pares de decisões judiciais contraditórias envolvendo casos similares julgados pelo mesmo Tribunal (o TRF da 5ª Região), com alusão aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Por fim, serão apresentados os resultados das análises dessas decisões, com enfoque nas questões sociais que influenciaram a manipulação de tais princípios no discurso das decisões judiciais contraditórias.

1. A LINGUAGEM COMO ATIVIDADE SOCIAL

1.1. Linguagem e realidade

A linguagem é multiforme. Compreende todo e qualquer veículo utilizado pelo homem para comunicar-se (fala, gestos, sinais, símbolos, imagens, etc.), sendo a língua a sua mais relevante manifestação e a base para outras formas de linguagem. E por sê-la (a língua) indiscutivelmente o mais expressivo meio de comunicação, o termo “linguagem” será adotado no sentido de “língua” para o presente estudo, valendo fazer uma breve distinção acerca de tais conceitos antes de avançar na perspectiva da linguagem como prática social.

Enquanto a linguagem é produto de uma prática social, a língua constitui-se em algo adquirido e convencionado, segundo Saussure (2008). O homem, como ser social que é, necessita relacionar-se, viver em sociedade, de modo que a linguagem é concebida como algo “natural”, não problematizado, embora seja permeada de ideologias. Sua manifestação independe de regras preestabelecidas, desde que alcance a compreensão de outrem. Já a língua, existe em virtude de uma convenção coletiva, não sendo possível alterá-la ou inová-la sem um consenso social. E através de necessárias convenções sociais, surgiram as regras que regem as línguas tornando-as compreensíveis e facilitando o convívio social num mundo cada vez mais globalizado.

Ainda que a comunicação ocorra à revelia da gramática (como num diálogo entre pessoas analfabetas ou entre pessoas que não possuem fluência numa determinada língua), o respeito mínimo a regras linguísticas faz-se necessário numa relação comunicacional, pois palavras soltas nada dizem, estão à margem da língua (a frase “eu aliás comer” não faz nenhum sentido).

É nesse contexto, da língua proveniente de regras socialmente preestabelecidas, que as palavras são compreendidas como símbolos significativos e arbitrários, já que não há uma ligação natural entre as palavras e as coisas. Dessa forma, “somos forçados a aceitar a língua e seu caráter simbólico como a própria condição do

pensamento” (FLUSSER, 2007, p. 51), pois não há como expressar o pensamento se não for através da linguagem, especialmente, através da língua.

Mas as regras linguísticas não são globais. Cada língua possui regras próprias ainda que seja possível vislumbrar algumas similaridades entre elas e compreendê-las através do recurso da tradução. A palavra “direito” é um exemplo de que a língua não se opera da mesma forma universalmente. Na língua portuguesa essa palavra é bastante polissêmica. A um só tempo, é utilizada para denominar o conjunto de normas que integram o ordenamento jurídico; o direito subjetivo do cidadão (a faculdade de praticar atos, ser e dispor de coisas); a ciência jurídica e suas ramificações, o curso universitário, a noção daquilo que é justo e correto, dentre outros significados. De modo que só é possível compreender a palavra “direito” no contexto discursivo.

Numa comparação com a língua inglesa, essa polissemia é reduzida, já que tais significados encontram-se diluídos em, ao menos, duas palavras *right* e *law*. Já outras palavras sequer encontram correspondência nos diversos idiomas, a exemplo da palavra “saudade” que não existe no inglês ou no alemão. Indo mais além, as divergências acentuam-se quando se está diante de sistemas de escrita díspares (hebraico, latino, grego, árabe, logogramas, etc.).

Essa diversidade linguística irá inevitavelmente refletir na organização social dos povos, em formas distintas de pensar e enxergar o mundo, na medida em que “cada língua tem uma personalidade própria, proporcionando ao intelecto um clima específico de realidade”. (FLUSSER, 2007, p. 76). Embora a compreensão aproximada de línguas alienígenas seja possível, cada língua é um mundo diferente.

Mas essa variedade de línguas não explica, por si só, as diversas formas de enxergar a realidade. Uma língua geralmente possui variações em si, correlatas a fenômenos sociais, que não podem ser desprezadas, variando de acordo com os sujeitos e as relações sociais, o contexto situacional, os propósitos, etc., a exemplo das gírias, das palavras regionais, dos dialetos criados por adolescentes, das expressões utilizadas em determinada camada social. Daí porque não será a diversidade de línguas a principal responsável por distintas visões de mundo.

De certo que a função da linguagem extravasa o mero, para não dizer ingênuo, ato de comunicação. Através da linguagem nomeiam-se coisas, criam-se significados e conceitos, pensamentos são expressos, relações sociais são estabelecidas e desenvolvidas, visões de mundo são construídas influenciando o olhar de outros indivíduos sobre o mundo. Cria-se, transforma-se e influencia-se.

A linguagem é uma forma de interação social, de ação sobre o mundo, através da argumentação, do convencimento, da persuasão. “Se a linguagem é forma de ação entre os homens, sua função básica não é só comunicar, mas persuadir e convencer, o que significa desejo de interferir na opinião dos outros, modificando suas convicções e julgamentos” (SITYA, 1995, p. 15). E, por influir na forma de pensar, agir e decidir das pessoas, a linguagem passou a ser instrumento de saber científico e controle de conhecimentos, revelando-se uma arma fundamental à imposição das estruturas de poder.

Sua função ganhou conotações diversas ao longo da história ocidental. Para os clássicos, exercia a função de representação; para os modernos, de significação (FOUCAULT, 2002). Nos séculos XVII e XVIII, a linguagem servia para representar objetos, pensamentos, a realidade de um modo geral. Era estática. Estava presa às coisas como etiquetas. Entretanto, essa visão da linguagem como mero instrumento de nomeação foi abandonada nos séculos seguintes por retirar-lhe a força que dela emana e suas múltiplas facetas como a argumentação, a persuasão, o uso de metáforas e sinônimos, etc.

A partir do século XIX, o papel da linguagem deixou de ser representativo para firmar-se como **significativo**. As palavras dissociaram-se das coisas. A linguagem não serve mais para “dizer” a realidade, presta-se agora a significar, a modelar a realidade, já que **o modo como se enxerga a realidade é interpretativo**. Passa então a ser concebida como significativa para a noção que se tem da realidade. É o meio de manifestação do real, já que só é possível realizar o pensamento através da linguagem.

A língua, principal manifestação da linguagem, é um sistema de signos. Através dela o homem compreende a realidade. Para o filósofo Vilém Flusser (2007), a realidade é a matéria-prima do intelecto consistente de palavras e de dados brutos

(captados pelos sentidos) a serem transformados em palavras para serem apreendidos e compreendidos. Por isso “quando percebemos palavras, percebemos uma realidade ordenada, um cosmos” (FLUSSER, 2007, p. 49). Esse elo entre língua e realidade torna-se evidente quando se dá conta que o homem percebe a natureza em signos linguísticos. “Céu”, “terra”, “sol”, “lua” são exemplos de dados brutos compreendidos arbitrariamente de forma signíca através da relação significado/significante/referente, que será mais adiante abordada.

Embora a percepção das coisas mundanas já faça parte do processo cognitivo (um bebê, por exemplo, percebe o mundo antes de aprender a falar), não é possível compreender o mundo sem ser através da linguagem, da mesma forma em que não é possível expressar o pensamento senão através desse canal comunicacional. Assim, a ideia de realidade está umbilicalmente associada à forma como os atos, fatos, acontecimentos são expressos pelo homem. Em outras palavras, aquilo que não puder ser transmitido através da linguagem social não pertence ao mundo das coisas, pois sem linguagem não há acesso à realidade.

Se a realidade manifesta-se através da linguagem então não há como sê-la unívoca. Inevitavelmente, a noção que se tem do real oscilará com as variadas experiências perceptivas, interpretações e pontos de vista dos diversos falantes e ouvintes. Por isso que, aprimorando a ideia aqui já lançada, pode-se dizer que a linguagem molda a realidade “fabricada” (BLIKSTEIN, 1995).

Em linhas atrás foi dito que a linguagem é uma forma de ação sobre o mundo. Acontece que a ação humana não ocorre num vácuo social. É na dimensão da práxis (prática social) que o homem, imerso no convívio social, se apropria da linguagem. Logo, é na práxis que a linguagem molda a realidade (“fabricada”). Um exemplo recorrente entre linguistas, porém elucidativo à compreensão da linguagem como prática social, é o caso dos esquimós que veem trinta espécies de neves e não “a” neve, como se houve apenas um tipo.

Essa polissemia em torno da palavra “neve” dá-se “não porque o queiram ou assim o tenham convencionado, mas **porque já não podem perceber a realidade de outro modo** (...). Para os membros dessa comunidade, tal distinção de espécies e de

modalidades de neve **seria uma questão de vida ou morte**” (SCHAFF *apud* BLIKSTEIN, 1995, p. 57, grifos do autor). Fica claro, nesse exemplo, que as convenções sociais de uso da língua não ocorrem num vazio social à revelia da práxis, ao contrário, justificam-se pelas necessidades particulares das comunidades e/ou grupos sociais e, cada vez mais, pela necessidade de facilitar a interação entre os povos.

Na dimensão da práxis, o homem enxerga a realidade através de padrões, modelos sociais preestabelecidos, em outras palavras, através de “lentes sociais” (estereótipos) que oscilam em função do grupo social, em cada tempo e espaço. As “lentes” de um homem do campo não são similares às de um homem cosmopolita. O mesmo ocorre entre pessoas que vivem entre o ocidente e o oriente do planeta Terra ou ainda entre ricos e pobres que coabitam o mesmo espaço urbano.

Cada qual possui sua “versão” de realidade construída a partir dos modelos sociais que lhes são acessíveis e aceitos. Como conclui Blikstein (1995, p. 82, grifo do autor) “a nossa cognição estaria sujeita, portanto, a um processo de estereotipação, a ponto de considerarmos **real e natural** todo universo de referentes e realidades fabricadas”. Sob a perspectiva da linguagem como prática social, torna-se ingênuo imaginar que exista “a” realidade, de forma unívoca e inquestionável. Há, na verdade, várias “realidades” percebidas através de diversas lentes sociais cuja manifestação só é possível através da linguagem.

O laço que une “linguagem” e “realidade” é umbilical e será constantemente abordado no presente trabalho, na medida em que a linguagem também constrói “a” realidade apresentada no discurso jurídico.

1.2. Deslocando o foco do signo para o discurso

A linguagem pode ser analisada sob diversas perspectivas linguísticas que, na ordem apresentada, correspondem a etapas do pensamento teórico e da sua influência sobre a “realidade”. Na dimensão do signo, o objetivo central é a significação das coisas, a partir da triangulação existente entre o significado (o conteúdo conceitual), o

significante (o suporte material) e o referente (objeto sociocultural) dentro do sistema linguístico. Na dimensão da proposição foca-se na combinação dos signos e da observância a regras de formação das frases nos níveis sintático e semântico, prevalecendo o raciocínio lógico. Na dimensão do ato de fala busca-se o **uso** em situação, levando em conta comportamentos, diálogos, intenções do(s) falante(s) e ouvinte(s). E na dimensão do discurso enxerga-se a linguagem a partir do contexto discursivo, evidenciando-se as ideologias, crenças, valores e relações de poder que permeiam o texto.

Nas perspectivas do signo e da proposição, a linguagem ganhou contornos científicos, a partir de uma teoria “pura” estruturada em regras lógicas e semânticas. A visão cientificista da linguagem prevaleceu durante o século XIX, época marcada por profunda influência do raciocínio lógico nas ciências humanas. No Direito, predominava a visão positivista, que será analisada no capítulo seguinte. Sob o ponto de vista científico, a linguagem corresponde a um sistema de signos relacionados entre si num processo de contrastes e oposições. “São as diferenças ou oposições em relação a outros termos que especificam a significação de um signo” (WARAT, 1995, p. 26). Os signos “perto” e “longe”, “claro” e “escuro”, “quente”, “morno” e “frio” são exemplos de significações alcançadas a partir da relação de oposição e contraste entre eles.

Para a semiologia¹, o signo é formado de dois termos psíquicos: a união entre uma imagem acústica ou a impressão do som no psiquismo (significante) e um conceito (significado), sendo essa relação significante/significado (=significação) convencional, ou seja, não atende a nenhuma regra preestabelecida tampouco há um laço natural entre eles. Sob esse prisma, não há uma ligação obrigatória entre as palavras e as coisas. As palavras deixam de ser uma etiqueta dos signos passando a compô-lo na condição de significante. Assim, a significação dependerá da relação interna do signo e da sua relação com os demais signos. Ainda segundo Saussure (2008, p. 130), “sem o recurso dos signos, seríamos incapazes de distinguir duas ideias de modo claro e constante”.

¹ A semiologia é a teoria dos signos, em sentido estrito. Segundo Saussure “ela nos ensinará em que consistem os signos, que leis os regem” (SAUSSURE, 2008, p. 24).

Mas a teoria científica saussuriana peca ao relegar a segundo plano o objeto físico ou cultural, a “coisa externa”, aquilo do qual se fala (o referente), ou seja, tudo que fosse extralinguístico, julgando-o irrelevante à compreensão dos signos. O resultado foi a desconsideração da fala, da intenção, do uso, das interações verbais, em resumo, das questões associadas à ordem da fala e do discurso.

Pondera Blikstein (1995, p. 38 grifo do autor) que “o fato de o referente ser extralinguístico não significa que deva ficar **fora** da linguística; ele simplesmente está situado **atrás** ou **antes** da linguagem, como um evento cognitivo, produto da nossa percepção”. Embora desprezado por Saussure, o referente é necessário ao processo de significação (semiose) porque os signos não possuem um significado preciso e unívoco, mas variável de acordo com a percepção (ou interpretação) do objeto representativo da realidade.

A palavra “manga” pode sugerir tratar-se da fruta tropical, da parte do vestuário onde se coloca o braço (a manga da camisa) ou ainda da conjugação do verbo “mangar” (sinônimo de “zombar”). Percebe-se nesse simples exemplo que a relação significante/significado não dá conta da significação da palavra “manga” sem passar pelo referente, pela percepção humana acerca do objeto do qual se pretende falar. A proposta saussuriana despreza o papel semiológico do referente, em que pese seja ele indispensável no processo de semiose.

Com o aprimoramento da teoria do significado linguístico, percebeu-se que “o referente tem vinculação direta com a significação linguística, na medida em que **não** é, mas **representa** a realidade extralinguística [da qual se fala]” (BLIKSTEIN, 1995, p. 45, grifo do autor). Dito de outro modo, o referente é a realidade “percebida” pelo homem. Mas como essa percepção humana do mundo não se dá de forma neutra, ocorrendo na dimensão da práxis, na prática social influenciada por marcas ideológicas, valorativas, culturais, dentre outros fatores, o referente é um construto social que dá sentido ao processo de significação.

E por sê-lo um construto socialmente variável, escapa às regras fixas de uma teoria científica, razão pela qual o referente ficou à margem das teorias “puras” dos signos, embora a relação significante/significado inevitavelmente refira-se sempre ao

objeto “extralinguístico”. Sendo a participação do referente no processo de significação necessária, a relação dicotômica entre significante/significado passou a ser substituída pela triangulação entre significante/significado/referente².

Para que essa triangulação possa gerar proposições que, a sua vez, formam juízos, os signos combinam-se mediante um conjunto de regras estruturais, sendo a frase formulada de acordo com tais regras o limite de análise na teoria dos signos. Para a semiótica³, os signos podem ser analisados em três dimensões: sintaxe, semântica e pragmática. No nível da sintaxe, estuda-se a relação dos signos entre si mediante regras de formação, que indicam o modo de formar signos mais complexos permitindo a construção de expressões bem formadas, e regras de derivação, que permitem gerar expressões a partir de outras existentes (WARAT, 1995). Sob esse prisma, uma proposição só fará sentido se atender às regras sintáticas da língua. A frase “logo não acolá” não faz nenhum sentido do ponto de vista sintático.

Sob a ótica da semântica, estuda-se a relação dos signos com os objetos a que eles se referem, surgindo, assim, o problema da verdade semântica. Uma proposição sintaticamente bem formulada será semanticamente verdadeira se encontrar correspondência com os fatos, ou seja, se for aceita como existente. A verdade opera como critério do sentido semântico (WARAT, 1995). A frase “neva no Recife” só será semanticamente correta se, empiricamente verificável, expressar a realidade. A questão semântica, no entanto, não encontra respostas para a linguagem em uso. Essa mesma frase pode ser possível em contextos diversos, como num contexto metafórico ou poético, por exemplo. O sentido semântico também se torna problemático em razão das inevitáveis imprecisões, vagezas e ambiguidades das palavras que podem alterar a proposição, de forma que o “sentido” semântico só será alcançado num contexto discursivo.

² A relação triádica entre significante/significado/elemento extralinguístico (ou referente), esquematizada num triângulo, tornou-se consagrada a partir dos estudos desenvolvidos por Ogden e Richards, embora a atenção desses estudiosos ainda estivesse voltada para a correta relação entre significante/significado. Outros triângulos foram concebidos por diversos linguistas e semiólogos (Ullmann, Baldinger, Heger, Umberto Eco), mas também sem considerar o referente como elemento linguístico. Entretanto, vale destacar as posições de estudiosos como Greimas, Coseriu, Pottier e Chomsky que elevam o papel do referente no processo de significação, incluindo-o na estrutura linguística (BLIKSTEIN, 1995). Não obstante a resistência em considerar o referente como elemento linguístico, a linguística passou a conceber a significação a partir da relação triádica entre significante/significado/referente.

³ A semiótica é a teoria geral dos signos que estuda todos os fenômenos culturais como se fossem sistemas significantes, voltando-se para as práticas linguísticas da ciência (WARAT, 1995).

Já a pragmática estuda a relação dos signos com os seus usuários. A análise volta-se ao uso da linguagem e a influência de fatores intencionais dos usuários nos significados das palavras ou expressões (WARAT, 1995). Uma mesma frase, como por exemplo, “logo mais vai amanhecer”, pode significar uma súplica de quem deseja dormir, uma ordem da mãe para o filho voltar para casa ou ainda uma chamada contemplativa para apreciar o nascer do sol. Na perspectiva pragmática, a significação irá variar de acordo com o contexto comunicacional. Dessa forma, o nível da pragmática rompe com a visão “pura” do processo de significação ao deslocar o foco para as circunstâncias na qual a comunicação opera-se, passando a suprir a lacuna deixada pela lógica na forma de “compreender” a realidade. A partir daí, a pragmática, analisada como parte integrante da semiótica, irá extravasar o estudo científico dos signos ganhando feição mais aprimorada no campo discursivo.

A principal crítica que se faz à ciência linguística presa aos signos e a sua relação entre si está no fato de não levar em conta questões da ordem da fala e do discurso, relacionadas ao contexto e à situação que, por se tratarem de fenômenos variáveis e aleatórios, impedem, por isso, qualquer tratamento científico (ARAÚJO, 2004). Essa visão cientificista restrita à dimensão signíca compromete a relação linguagem/realidade na medida em que, desprezando as circunstâncias de fala e contexto (intenção, gírias, intonação, situação, dentre outros fatores), macula a compreensão do significar numa relação comunicacional.

É evidente que o sistema de símbolos e signos codificados por meio de regras é relevante ao processo de significação, mas tal regramento não é suficiente à correta compreensão da linguagem, na medida em que o signo só pode ser pensado dentro de um contexto social. Frases pronunciadas de forma descontextualizada não são inteligíveis ainda que sintática e semanticamente bem construídas. Dessa forma, o “sentido” passa a ser mais relevante que o “significado”, razão pela qual não há linguagem sem situação de fala, sem contexto.

Nas primeiras décadas do século XX, o Wittgenstein de **Investigações Filosóficas** irá romper com essa visão cientificista, que ele, inclusive, inicialmente

defendia, ao propor uma análise linguística a partir do uso da linguagem ordinária, tal qual ela é. A linguagem passa a ser vista como uma atividade, uma forma de vida⁴.

Já na dimensão do discurso, a linguagem ganha feição crítica. As palavras deixam de ser analisadas em seu estado dicionário como se fossem imparciais, passando a traduzir valores, crenças, conceitos e pré-conceitos, quando inseridas num contexto textual. Na perspectiva discursiva, não há linguagem neutra. Marcas ideológicas permeiam a superfície do texto ainda que muitas vezes invisíveis ao leitor menos atento. As atenções são voltadas às ideologias e relações de poder que penetram no texto. Questões da ordem da fala e do contexto são analisadas na produção dos sentidos extraídos dos discursos, bem como sua relação com questões sociais e as estruturas de poder.

Assim, enquanto as regras semânticas e sintáticas são responsáveis pela produção de sentido na dimensão restrita da frase; na grandeza do texto, a produção de sentido advém de aspectos ideológicos, sociais, culturais, históricos que o perpassam, ou seja, surge no contexto discursivo. Mas, evidentemente, a compreensão do “sentido” textual depende, antes, da compreensão da proposição formulada de acordo com regras semânticas e sintáticas. Assim, a análise textual percorre necessariamente o caminho do signo ao discurso e do discurso ao signo para decifrar as marcas ideológicas que conferem “sentido” ao texto, de sorte que a relação signo/discurso é de dependência.

Nesse contexto, a noção de “sentido” aqui tratada está atrelada à **linguagem no uso**, a qual irá irromper um ponto de vista sobre a realidade. Para isso, torna-se indispensável ultrapassar o significado da palavra em estado dicionário para alcançar o **sentido discursivo**, sem fechar os olhos para as possíveis múltiplas produções de sentido nos diversos discursos.

⁴ Essa nova perspectiva linguística será observada por diversos filósofos e linguistas como Ryle, Austin, Strawson, Searle e ainda Quine, Davidson e Harbermas (ARAÚJO, 2004).

1.3. A linguagem sob a perspectiva da Análise Crítica do Discurso (ACD)

A linguagem na condição de uma prática social é um dos mecanismos de autorregulação e transformação da sociedade. Por isso, não é um mero instrumento nem uma simples representação da realidade, mas sim uma forma de ação sobre o mundo, materializando-se no discurso. Nenhum texto é neutro ou imparcial. Os elementos linguísticos escolhidos pelo enunciador indicam sempre a orientação argumentativa pretendida pelo texto. Isso porque se “a palavra nasce neutra (em estado de dicionário), ao se contextualizar, ela passa a expressar valores e ideias, transitando ideologias, cumprindo um amplo espectro de funções persuasivas” (CITELLI, 2002 p.41). Como prática social, **a linguagem é resultado do uso que dela se faz socialmente.**

É com esse olhar sobre a linguagem que a ACD examina o discurso, que tem no texto seu material de pesquisa. Em breves palavras, a ACD pode ser definida como um método multidisciplinar de análise discursiva que articula análises linguísticas do texto e explanações de cunho social, concebendo a linguagem como prática social e como instrumento de poder (RAMALHO, RESENDE, 2011).

Esse tipo de análise presta-se a mapear as conexões entre problemas sociais e o discurso nos mais diversos tipos de texto. É um entre vários métodos de análise do discurso, existindo várias formas de abordagens identificadas como ACD, de modo que o presente trabalho optou por nortear-se pelos estudos desenvolvidos por Norman Fairclough, um dos seus principais fundadores.

Segundo a teoria tridimensional elaborada por Fairclough, o discurso apresenta-se em três dimensões: textual, na prática discursiva e na prática social. A parte do procedimento que trata da análise textual pode ser denominada como descrição e as partes alusivas à análise das práticas discursiva e social, na qual se insere o discurso, pode ser denominada interpretação, muito embora essa separação analítica nem sempre seja nítida (FAIRCLOUGH, 2008).

Na dimensão textual, a análise do discurso envolve questões de forma linguística e de significado. Os signos aqui passam a ser enxergados como socialmente

motivados, de modo que “há razões sociais para combinar significantes particulares a significados particulares” (FAIRCLOUGH, 2008, p. 103), numa crítica à concepção “arbitrária” defendida por Suassure. O significado potencial do texto, advindo de práticas sociais passadas e convencionadas, também é encarado de forma distinta da sua interpretação. Como o texto, geralmente, está aberto a múltiplas interpretações, o sentido, inclusive do seu significado potencial, irá depender da interpretação.

Fairclough organiza a análise do texto em quatro itens: vocabulário (cuida das palavras individualmente), gramática (volta-se às palavras combinadas em frases), coesão (examina a ligação das frases entre si e como elas se ligam para formar o texto) e estrutura textual (trata das propriedades organizacionais do texto). Todos esses aspectos da análise textual levam em conta as identidades e relações sociais, bem como questões ideológicas e de poder dentro da estrutura social. Assim, a partir do vocabulário são analisadas as lexicalizações (significações) alternativas e sua significância política e ideológica, os sentidos das palavras, as metáforas; a partir da gramática, as escolhas sobre a estrutura das orações que resultam em escolhas de significados; a partir da coesão, a estrutura argumentativa do texto (o uso de sinônimos, repetição de palavras, pronomes, etc.); a partir da estrutura textual, as formas e a ordem como os elementos textuais se apresentam (FAIRCLOUGH, 2008).

Já a dimensão da prática discursiva envolve os processos de produção, distribuição e consumo textual e a variação desses processos entre os diferentes tipos de discurso de acordo com diversos fatores sociais (FAIRCLOUGH, 2008). Na análise da prática discursiva, ganha relevo o **contexto** no qual o texto foi produzido e também consumido, sendo o contexto da situação, na interpretação textual, um fator de redução de ambivalência dos sentidos possíveis, daí porque a “leitura” da situação é fator relevante no exercício interpretativo variando, em intensidade, de um discurso para outro.

No campo da prática discursiva, o autor distingue três itens de análise: a “força” dos enunciados (a interpretação textual vai depender da leitura dos atos de fala neles constituídos), a coerência do texto (o texto deve fazer sentido para aquele que vê nele sentido, estando, portanto, aberto a várias leituras) e a intertextualidade (a propriedade

que os textos têm de apresentarem fragmentos de outros textos para fins de corroborar, contradizer, criticar, etc.) (FAIRCLOUGH, 2008).

Por fim, na dimensão da prática social o discurso emerge a partir das concepções de ideologia e poder. Por ideologia, entende Fairclough que

[...] as ideologias são significações/construções da realidade (o mundo físico, as relações sociais, as identidades sociais) que são construídas em várias dimensões das formas/sentidos das práticas discursivas e que contribuem para a produção, a reprodução ou a transformação das relações de dominação. (FAIRCLOUGH, 2008, p. 117).

A ideologia refere-se a pensamentos, valores e crenças que denotam um ponto de vista particular da realidade, operando-se através da linguagem que é um instrumento de ação social. Essa visão particular da realidade traz implicações na construção social da realidade, a partir da “naturalização” de aspectos ideológicos nas práticas socialmente convencionadas, para a maioria, imperceptíveis.

A linguagem, como uma forma de ação social, nos “treina” a assumir certas posições em nossas interações interpessoais, a partir da produção, distribuição e consumo de textos. Esse treinamento linguístico (e social) nos permite reconhecer como “naturais” e não-problemáticos textos tipicamente marcados por assimetrias de poder, como naqueles proferidos na instituição jurídica, durante eventos sociais autênticos. (COLARES, 2010, p. 334).

No seu conceito de ideologia, Thompson dá maior enfoque às inter-relações entre o sentido e o poder, em outras palavras, como o sentido serve para sustentar relações de poder. O “sentido” que interessa a Thompson (2002) é o das formas simbólicas (expressões linguísticas, ações, fala, imagens e textos produzidos e socialmente reconhecidos como construtos significativos) que estão inseridas nos contextos sociais. Para ele, somente é possível verificar como o sentido pode servir para estabelecer e sustentar relações de dominação analisando cuidadosamente a interação entre sentido e poder nas circunstâncias concretas da vida social. O sentido das formas simbólicas também é concebido pela ACD como uma faceta da ideologia.

Mas para a ACD as ideologias que interessam são aquelas contidas, de forma implícita, no texto. Como esclarece Fairclough (2008, p. 118) “embora seja verdade que as formas e o conteúdo dos textos trazem o carimbo (são traços) dos processos e das

estruturas ideológicas, não é possível ‘ler’ as ideologias nos textos”, pois, como ressalta o autor, os “sentidos” são obtidos a partir da interpretação e o texto sempre permite múltiplas interpretações que podem diferir em importância ideológica, de pessoa para pessoa. Ainda segundo Fairclough (2008), a ideologia permeia a linguagem de várias maneiras estando embutida não só no sentido das palavras (como defende Thompson), mas também no uso de metáforas, de pressuposições e na coerência textual.

Como as convenções sociais naturalizam as ideologias nem sempre as pessoas têm a compreensão de que atos, gestos, falas e textos do cotidiano encontram-se submersos em aspectos ideológicos. Ambos doutrinadores, Fairclough e Thompson, defendem que a reprodução naturalizada de discursos ideológicos (o “senso comum”), a despeito de uma análise crítica, apenas contribui para a manutenção das estruturas de poder e desigualdades sociais, o que sobreleva a importância da análise crítica do discurso.

Thompson defende a seguinte noção de “poder” e “dominação”:

A localização social das pessoas e as qualificações associadas a essas posições, num campo social ou numa instituição, fornecem a esses indivíduos diferentes graus de “poder”, entendido neste nível como uma capacidade conferida a eles socialmente ou institucionalmente, que dá poder a alguns indivíduos para tomar decisões, conseguir seus objetivos e realizar seus interesses. Podemos falar de “dominação” quando relações estabelecidas de poder são “sistematicamente assimétricas”, isto é, quando grupos particulares de agentes possuem poder de uma maneira permanente, e em grau significativo, permanecendo inacessível a outros agentes, ou a grupos de agentes, independentemente da base sobre a qual tal exclusão é levada a efeito. (THOMPSON, 2002, p. 79/80).

Fairclough (2008) relaciona “poder” e “dominação” com a concepção de “hegemonia” traduzida, segundo ele, na forma organizacional de poder predominante na sociedade contemporânea⁵. A ideia de hegemonia, assim como de poder e

⁵ “Hegemonia é liderança tanto quanto dominação nos domínios econômico, político, cultural e ideológico de uma sociedade. Hegemonia é o poder sobre a sociedade como um todo de uma das classes economicamente definidas como fundamentais em aliança com outras forças sociais, mas nunca atingido senão parcial e temporariamente, como um ‘equilíbrio instável’. Hegemonia é a construção de alianças e a integração muito mais do que simplesmente a dominação de classes subalternas, mediante concessões ou meios ideológicos para ganhar seu consentimento. Hegemonia é um foco de constante luta sobre pontos de maior instabilidade entre classes e blocos para construir, manter ou romper alianças e relações de dominação/subordinação, que assume formas econômicas, políticas e ideológicas. A luta hegemônica localiza-se em uma frente ampla, que inclui as instituições da sociedade civil (educação, sindicatos, família), com possível desigualdade entre diferentes níveis e domínios” (FAIRCLOUGH, 2008, p. 122).

dominação, auxilia na análise do discurso enquanto prática social, permitindo identificar se o discurso reproduz, reestrutura ou desafia as relações de poder existentes na sociedade.

Postas as bases teóricas da estrutura tridimensional do discurso, cumpre, agora, esclarecer, ainda que de forma sucinta, a noção de “discurso” defendida por Fairclough. Para o linguista, o discurso corresponde a modos particulares de enxergar o mundo. Tais formas de “enxergar o mundo” serão determinadas pela estrutura social dentro da qual o discurso é gerado, de forma que as práticas discursivas estão associadas às posições dos sujeitos numa sociedade.

[...], ao produzirem seu mundo, as práticas dos membros são moldadas, de forma inconsciente, por estruturas sociais, relações de poder e pela natureza da prática social em que estão envolvidos, cujos marcos delimitadores vão sempre além da produção dos sentidos. Assim, seus procedimentos e suas práticas podem ser investidos política e ideologicamente, podendo ser posicionados por eles como sujeitos. (e “membros”). (FAIRCLOUGH, 2008, p. 100).

Assim, o discurso interage dialeticamente com a estrutura social que o molda, sendo perceptíveis as marcas ideológicas, nos sentidos que emanam do texto, associadas à posição do sujeito falante na sociedade.

A ACD busca, dessa forma, os sentidos não literais, partindo da premissa de que os sentidos não existem em si, na literalidade das palavras, frases ou enunciados, surgindo apenas no contexto discursivo ideologicamente orientado. “Se uma mesma palavra ou expressão pode receber sentidos diferentes é porque uma palavra ou expressão não tem sentido próprio vinculado à sua literalidade” (SITYA, 1995, p. 27).

No discurso, a escolha de uma ou outra palavra ou expressão linguística é capaz de revelar posições ideológicas implícitas no texto, em reproduzindo, reestruturando ou contestando as relações de poder na sociedade, apesar de, muitas vezes, essas marcas ideológicas serem “naturalizadas” sem a devida análise crítica.

Transpondo esse olhar crítico para o Direito, infere-se que o discurso jurídico, materializado numa superfície textual, é essencialmente argumentativo e persuasivo, assim como todo discurso. Em sentido amplo, o discurso jurídico engloba as variadas formas de manifestação discursiva no âmbito do Direito, como os considerandos que

inauguram os textos de leis, os livros, pesquisas e artigos produzidos pelos cientistas jurídicos, as decisões judiciais e jurisprudência, as peças processuais produzidas pelos advogados públicos e particulares. Em sentido restrito, o discurso jurídico compreende as decisões judiciais responsáveis pela passagem do Direito em sua linguagem abstrata para sua linguagem em concreto.

Não obstante o amplo leque de práticas discursivas na seara jurídica, interessa, para o presente trabalho, o discurso jurídico produzido pelos Tribunais com força concretizadora: as decisões judiciais.

O discurso, como já enfatizado, é um modo particular de enxergar a realidade e, no campo jurídico, de ler os fatos, os argumentos e o Direito em sua complexidade sistêmica de regras e princípios. Esse olhar sobre uma particular “realidade” não ocorre num vácuo social. Valores, crenças, experiências, ideologias são as “lentes” daquele que a vê (a realidade “fabricada”). O julgador, de igual forma, enxerga a controvérsia através de suas lentes sociais (dos padrões, inerentes ao grupo social a que pertence, vigentes num dado momento histórico).

Assim, um ser humano vivendo em situação de miséria que rouba alimentos de um supermercado para saciar sua fome pode ser visto como um “criminoso”, mas também pode ser enxergado como uma “vítima” das desigualdades sociais. Vai depender das “lentes” de quem enxerga o caso.

Considerando que os sentidos, incluindo-se aí os sentidos normativos, são construídos no contexto discursivo ideologicamente orientado, a decisão judicial inevitavelmente apresentará as marcas ideológicas daquele que tem o poder de decidir. O julgador “imparcial” é uma ficção que não resiste a uma análise crítica das decisões judiciais, pois não existe discurso neutro despido de valoração.

O discurso decisório é ideológico. É a ideologia que orienta a decisão, indicando quais os princípios fundamentais do processo discursivo. Determinando quais os fatores sociais que devem ser considerados como bases dogmáticas da decisão. A decisão determina as finalidades, metas do sistema, bem comum e interesse público. (SYTIA, 2002, p. 70).

Em recente estudo feito após assumir a cadeira de Ministro do STF, Luís Roberto Barroso (2014, p. 30) defende a influência da política (ideologias hegemônicas) sobre o

Direito reconhecendo que “a observação atenta, a prática política e pesquisas empíricas confirmam o que sempre foi possível intuir: os valores pessoais e a ideologia dos juízes influenciam, em certos casos de maneira decisiva, o resultado dos julgamentos”. Em outras palavras, o jurista reconhece que o discurso jurídico é ideológico sem prejuízo à sua juridicidade.

As decisões judiciais são marcadas por posturas ideológicas perceptíveis, principalmente, na narração dos fatos. Afinal, a atividade julgadora impõe ao magistrado a “leitura” da controvérsia que não passa de um ponto de vista sobre aquela particular realidade, dentre várias possíveis. Como ressalta Perelman:

Toda exposição dos fatos pode situá-los em diversos níveis de generalidade. Uma mesma ação, a de apertar as porcas de um carro, também pode ser descrita como uma contribuição para o esforço de exportação do país. A escolha de um termo pode ser valorizadora ou depreciativa. Associando dois termos pode-se ressaltar o primado atribuído a um ou a outro, tornando um ou outro o substantivo ou o adjetivo: há uma diferença entre “um corpo animado” e “uma alma encarnada”. (PERELMAN, 2004, p. 162).

Assim, sob a perspectiva da ACD aplicada ao discurso jurídico⁶, a escolha das palavras utilizadas, a forma de expor os fatos (ênfase em uns; omitindo, outros), a estruturação do texto, a interpretação dos enunciados jurídicos, os argumentos apresentados, as questões sociais por trás do texto, tudo isso é analisado no *corpus* da decisão, de forma problematizada. Os “sentidos” construídos no discurso jurídico, sob o olhar da ACD, passam a ser encarados a partir das lentes do julgador sobre o contexto da controvérsia posta em julgamento e seus influxos com os fenômenos sociais.

Essa visão crítica do Direito permite desmistificar o discurso jurídico como produto da mera subsunção do fato à norma como se fosse possível desvincular o Direito das questões sociais. Dessa forma, a análise crítica voltada especificamente ao discurso jurídico irá mapear as conexões do texto jurídico com questões sociais, desalojando a ideia de que a norma (sentido normativo) encontra-se pronta e acabada no texto legal, superando, assim, a ideia do juiz mero aplicador acrítico do Direito.

⁶ A Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ) é uma das disciplinas do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, ministrada pela Professora Doutora Virgínia Colares, voltada à aplicação da ACD a dados da instância jurídica, analisando o discurso produzido pelas decisões judiciais.

2. A LINGUAGEM JURÍDICA: DO TEXTO LEGAL À DECISÃO JUDICIAL

2.1. A textura aberta da linguagem jurídica

A linguagem jurídica não existe em si e por si, como nas ciências matemáticas. Ela se manifesta através da linguagem ordinária permitindo, assim, a compreensão das suas regras pelos seus destinatários⁷ e impondo a proibição à escusa do seu cumprimento pela ignorância (art. 3º, da LICC). Por isso, a linguagem jurídica deve se aproximar ao máximo da linguagem daqueles que lhe devem obediência, o que não prejudica a existência de palavras técnicas com significações sem correspondência na língua natural, como “espólio”, “usucapião”, “esbulho”, “comodato”, ou com significados qualificados, como nos casos de “posse”, “propriedade”, “contribuinte”.

Tais especialidades fazem parte do **uso jurídico da linguagem ordinária**. E por se expressar através da linguagem comum traz em si as características inerentes a essa. Assim, propriedades potenciais da língua como a polissemia, a vaguidade, a ambiguidade e a porosidade inexoravelmente aparecem na linguagem jurídica. Menezes Cordeiro esclarece o significado de cada uma dessas propriedades linguísticas da seguinte forma:

Polissemia quando tenha vários sentidos, vaguidade quando permita uma informação de extensão larga e compreensão escassa, ambiguidade quando possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proposição onde o conceito se insira, porosidade quando ocorra uma evolução semântica com todo um percurso onde o sentido do termo se deva encontrar e esvaziamento quando falte qualquer sentido útil. (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 1177).

Essa imprecisão potencial da língua confere à linguagem jurídica uma **textura aberta** embora haja resistência dos juristas em admitir a indeterminação como condição natural da língua. Noel Struchiner (2002, p. 6) define a textura aberta como “a possibilidade permanente da existência de uma região de significado onde não conseguimos determinar com segurança se a palavra se aplica ou não”. Essa

⁷ Não havendo nenhum tipo de especificação acerca da categoria de pessoas abrangida, a regra jurídica contempla a sociedade que integra determinado Estado ou ainda uma comunidade de Estados no caso de regras jurídicas transnacionais.

“incerteza” surge porque os significados não são unívocos e as palavras não são etiquetas. As palavras podem ganhar conotações diversas em contextos distintos e essa dinâmica da língua não permite precisar com “segurança” todas as possibilidades de seu uso. Inclusive, “o mais preciso dos termos pode sempre se mostrar impreciso, ou vago. (...). Mesmo quando definimos um termo de maneira explícita, indicando como ele deve ser usado, sempre é possível que um dos termos utilizados na própria definição se torne vago” (STRUCHINER, 2002, p. 105). Por isso, a imprecisão da linguagem natural ainda é uma problemática que rodeia o Direito com a sua “necessidade” de estabelecer conceitos unívocos para garantir a tão almejada segurança jurídica.

Por mais que o Direito tenha a pretensão de racionalidade e precisão, a textura aberta da sua linguagem é consequência da própria língua que lhe serve de veículo sendo, portanto, inafastável. Daí porque a precisão pretendida pelo Direito é meramente aparente. A sua vez, dizer que a linguagem jurídica possui textura aberta não compromete o funcionamento do Direito na medida em que a indeterminação linguística proveniente de eventual polissemia, vaguidade, ambiguidade e porosidade contida nos termos e regras jurídicas é minimizada no seu uso, ou seja, na concretização do Direito diante do caso concreto. Mas a textura aberta da linguagem jurídica também é inerente à forma pela qual o Direito exprime-se⁸.

São finalidades precípuas do Direito o controle e a pacificação social. O controle social mediante a previsão de regras de condutas (obrigatórias, proibidas ou permitidas) para as quais se exige o acatamento pelos seus destinatários, sob pena de incidência de uma sanção estatal socialmente admitida e coativamente exigida. Já a pacificação social através da resolução de conflitos intersubjetivos de forma não violenta. A partir desses objetivos, o Direito pode ser compreendido como um sistema de regras comportamentais coercitivas (dada a previsão de uma sanção em caso de não atendimento à regra) e coativas (dada a possibilidade do uso da força pelo Estado para o cumprimento da sanção em caso de não atendimento espontâneo pelo transgressor).

⁸ Segundo Hart, a textura aberta da linguagem jurídica verifica-se tanto no sistema positivado quanto no *common law*, já que em ambos a comunicação jurídica recorre a termos gerais, ainda que no primeiro caso, de forma mais abrangente do que no segundo.

Regras essas que são predominantemente (e não exclusivamente) gerais, em dois sentidos: gerais porque a conduta objeto de regulação refere-se a um evento previsto de forma abstrata (e não a um fato já consumado); e gerais também porque se destina a um grupo de pessoas enquadráveis naquele evento (e não a um indivíduo em específico).

Além das regras de conduta, coexistem regras destinadas ao próprio funcionamento do Direito, denominadas por Hart como regras de reconhecimento. Nessa categoria enquadram-se as regras de competência e organização do Estado (executiva, legislativa e judiciária), as regras procedimentais e processuais, as regras de capacidade pessoal, dentre outras. De forma que o Direito compreende tanto regras que conferem poderes quanto regras que impõem deveres, nos âmbitos público e privado. Apesar da dessemelhança dos núcleos significativos de tais regras, Hart (1994) alerta que elas se interligam na medida em que as regras que conferem poderes buscam fazer valer o cumprimento das regras que impõem deveres, as regras de conduta. Logo, a existência de regras de funcionamento (regras secundárias) não prejudica o entendimento do Direito como um sistema de regras comportamentais coercitivas e coativas (regras primárias).

Para entender a linguagem jurídica, partindo dessa noção de Direito, faz-se necessário compreender primeiro o funcionamento da linguagem num sistema normativo. A linguagem, quanto à sua função predominante, pode assumir diversas feições: descritiva, prescritiva de condutas, interrogativa, expressiva, performativa, fática, fabulosa, propriamente persuasiva, afásica e fabulosa (CARVALHO, 2008). Para o presente estudo interessa fazer a distinção entre as duas primeiras. A linguagem descritiva é própria à transmissão de conhecimento (ordinário ou científico), estando os seus enunciados sujeitos ao valor de verdade/falsidade (ser) empiricamente verificável (como no exemplo: atingidos 100°C, a água entra em ebulição); enquanto a linguagem prescritiva de condutas, própria dos sistemas normativos (jurídico, religioso, moral, etc.), volta-se a prescrições dirigidas ao comportamento das pessoas, subordinando-se ao critério de validade/invalidade (dever-ser) em relação às regras daquele sistema (VILANOVA, 2005).

A linguagem prescritiva corresponde, portanto, à linguagem da lógica deôntica modalizada por condutas proibidas, obrigatórias e permitidas (“se X, então deve-ser Y”). O Direito, enquanto um sistema de regras comportamentais, manifesta-se, portanto, através da linguagem prescritiva do dever-ser⁹, distinguindo-se de outros sistemas normativos pela natureza coercitiva e coativa de suas regras.

Sob a perspectiva do direito positivado¹⁰, a linguagem jurídica é concebida a partir de regras comportamentais gerais (obrigatórias, proibidas ou permitidas), cuja não-conduta prescrita implica uma sanção estatal socialmente admitida e coativamente exigida (“se não atendida a norma X, deve ser a sanção Y”). Embora a linguagem prescritiva seja própria dos sistemas normativos, ver-se-á adiante que o aprisionamento da linguagem jurídica ao “dever-ser” não atendeu às finalidades do Direito, enquanto valor de justiça e igualdade na era positivista. Por ora, importa a compreensão preliminar de que a linguagem jurídica se expressa mediante regras comportamentais gerais coercitivas e coativas, razão pela qual detém o poder de influir marcadamente na vida das pessoas seja constituindo, alterando e extinguindo direitos e deveres. Essa formatação em regras de conduta gerais é o que torna o Direito possível, como averba Hart:

Em qualquer grande grupo, as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controle social, e não as directivas particulares dadas separadamente a cada indivíduo. Se não fosse possível comunicar padrões gerais de conduta que multidões de indivíduos pudessem perceber, sem ulteriores directivas, padrões esses exigindo deles certa conduta conforme as ocasiões, nada daquilo que agora reconhecemos como direito poderia existir. (HART, 1994, p. 137).

A referência a termos gerais, categorias de pessoas, estado e eventos busca facilitar a compreensão prévia das regras jurídicas pelos seus destinatários, tornando o

⁹ Segundo Lourival Vilanova (2005, p. 69, grifos do autor) o dever-ser “é o operador diferencial da linguagem das proposições normativas, um de cujos subdomínios é o direito. (...). O dever-ser tem a categoria sintática de um **sincategorema**, quer dizer, é uma significação ou conceito incompleto, não por-si-bastante para perfazer um esquema ou fórmula bem construída. Na proposição ‘dado o fato de ser homem, deve-ser a personalidade (jurídica)’, com os **categoremas** refiro-me a entidades do mundo e a qualificações que se lhes adjudicam como propriedades num universo de normas de direito. Mas, o ‘dever-ser’ a coisa, a pessoa, a ocorrência nenhuma se refere. Exerce o papel de um conceito funcional (Pfaender, *Lógica*, págs. 185/188), diferente de **conceitos de objeto**. (...). Nesse sentido, é conceito ou termo lógico-funcional”.

¹⁰ Como esclarece Lourival Vilanova (2005), a linguagem jurídica refere-se a dois níveis: a do direito positivo (ou a do direito consuetudinário para o sistema do *common law*) e a da ciência do Direito que tem o direito positivado como objeto de estudo. Vale salientar que a jurisprudência atua diretamente no nível do direito positivo, tendo por finalidade conferir os sentidos normativos dos textos legais. Para fins do presente trabalho será considerada a linguagem jurídica do direito positivo, contemplando aí o papel da jurisprudência por também atuar nessa dimensão.

Direito previsível, em atendimento ao valor da justiça, pois “só pode falar-se em Direito quando os confrontos de interesses mereçam saídas previsíveis, diferenciadas em função do que se entenda como relevante” (MENEZES CORDEIRO, 2002 p. LXIII). A previsibilidade do Direito, a partir da prescrição de condutas gerais, permite não só o seu acatamento como também busca garantir segurança jurídica, no sentido de evitar que seus destinatários sejam surpreendidos com regramentos desconhecidos.

Noutro prisma, Hart (1994) esclarece que o uso de termos gerais é útil enquanto meio de comunicação face à existência de casos familiares que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes àqueles previstos nas regras generalizadas, justificando-se, assim, a formatação do Direito numa linguagem geral e abstrata. Como seria impossível prever todas as situações individuais diante da complexidade da vida em sociedade, num mundo de constantes transformações sociais, até porque os fatos humanos são essencialmente irrepetíveis (são fatos de sucessão histórica), a regulação das condutas humanas só se torna viável na dimensão generalizada a partir de casos familiares (e não idênticos). Assim, o Direito funciona porque a maioria dos casos enquadra-se nas regras gerais por semelhança.

Entretanto, as regras gerais de conduta podem gerar, em certos casos, incertezas acerca do comportamento exigido em razão da textura aberta da linguagem jurídica. Para demonstrar que a linguagem jurídica não é fixa tampouco unívoca, Hart (1994) utiliza o exemplo da regra que proíbe a entrada de veículos no parque em nome da paz pública. Em se tratando de um automóvel ou de uma motocicleta o enquadramento na expressão geral “veículo” é evidente e a regra facilmente aplicável. Já no caso de uma bicicleta, patins ou carrinhos de brinquedo movidos eletronicamente não resta claro se a expressão “veículo” inclui-os, dada a possibilidade dos mesmos de comprometerem a finalidade da norma (a paz pública).

A partir desse singelo exemplo Hart demonstra que, embora seja possível identificar um núcleo significativo nos termos e regras gerais, haverá sempre uma zona de penumbra (maior ou menor) em torno da sua “precisão”. Para ele (1994, p. 141) “a incerteza na linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite a questões de

fato”. Daí porque casos familiares podem possuir variantes que desautorizam a aplicação da regra geral. Nesses casos, a “familiaridade” seria apenas aparente esvaecendo-se em aspectos relevantes.

Mas como identificar quais aspectos são importantes para fins de enquadramento na regra geral? Ainda segundo Hart (1994, p. 140) “no caso das regras jurídicas, os critérios de relevância e de proximidade da semelhança dependem de fatores muito complexos que atravessam o sistema jurídico e das finalidades ou intenção que possam ser atribuídos à regra”. A complexidade a que Hart refere-se depende da aferição da relevância para o Direito das circunstâncias verificadas no caso concreto, razão pela qual a “familiaridade” ou não com a regra geral só é passível de averiguação pelo julgador diante do contexto no qual se apresenta cada caso.

Dessa forma, a formatação das regras de conduta em termos generalizados também é responsável pela textura aberta da linguagem jurídica. Como enfatiza Eros Grau (2011, p. 200) “se as leis devem ser abstratas e gerais, necessariamente hão de ser expressas em linguagem de textura aberta – ainda que isso [...] seja antifuncional e introduza a incerteza entre os destinatários da norma”. Embora não espanque o fantasma da insegurança que tanto assombra o universo jurídico, tal abertura é, na verdade, positiva ao Direito, pois o congelamento do significado das palavras e termos nas regras é mais danoso ao sistema jurídico do que a margem de incerteza que a textura aberta da linguagem pode eventual ocasionar, seja porque é incapaz de responder às inúmeras possibilidades fáticas (como no exemplo da regra de conduta no parque trazido por Hart); seja porque impõe tratar de igual forma situações que não são essencialmente familiares, ignorando-se ainda as consequências sociais advindas de tal tratamento “uniforme”.

Criticando a fixação rígida de significados normativos em prol de uma ilusória segurança jurídica, Hart alerta que, se assim for:

Seremos forçados por esta técnica a incluir no âmbito da regra casos que desejaríamos excluir, de forma a dar efeito a finalidades sociais razoáveis e que os termos da textura aberta da nossa linguagem teriam permitido excluir, se os tivéssemos deixado menos rigidamente definidos. (HART, 1994, p. 143).

A janela que a textura aberta da linguagem apresenta possibilita tratar diferentemente situações que só num olhar desatento às finalidades sociais do Direito seria subsumido à regra geral. Quer dizer, a textura aberta da linguagem jurídica permite ao Direito fazer valer o princípio da isonomia conferindo tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida das suas desigualdades.

Noel Struchiner, amparado nas lições de Hart, defende que a textura aberta da linguagem jurídica permite ao Direito conciliar dois tipos de necessidades sociais: estabelecer regras claras à compreensão e cumprimento pelos seus destinatários e deixar abertas para uma solução posterior questões que só podem ser resolvidas diante de casos concretos não antecipados. E arremata

A textura aberta da linguagem é vantajosa porque incorpora essa oscilação entre esses dois extremos: a necessidade de certeza e a necessidade de deixar certas questões em aberto para serem apreciadas no tempo adequado. A textura aberta não contribui apenas para o funcionamento do direito, permitindo que o escopo das regras jurídicas seja lapidado nos casos situados na região de penumbra. Na verdade, o fenômeno da textura aberta da linguagem, além de ser uma característica inerente à natureza da linguagem, contribui para a nossa comunicação cotidiana. (STRUCHINER, 2002, p. 122).

Em sendo o Direito um sistema de normas incapaz de captar todos os acontecimentos da vida social, haverá casos em que as regras jurídicas não compreenderão determinadas situações (caindo-se num vazio normativo), ou não as oferecerão uma resposta adequada (o caso particular não se ajusta à regra geral como resposta justa e socialmente aceitável) ou ainda a linguagem que lhe serve de veículo será imprecisa (a regra permite várias interpretações de modo que a resposta correta irá depender do contexto do caso concreto posto a julgamento). Diante de tais lacunas, a textura aberta da linguagem jurídica irá inevitavelmente propiciar ao julgador uma margem de discricionariedade no ato de aplicação do Direito.

Essa janela ao invés de fragilizar o sistema, na verdade, é-lhe favorável e oxigenante, pois o torna aberto e não fechado. “Aberto no sentido de que é incompleto, evolui e se modifica” (GRAU, 2011, p. 24). Quer dizer, o sistema jurídico é aberto não por sê-lo falacioso ou imperfeito, mas porque as lacunas são inevitáveis, seja sob o ponto de vista da potencial polissemia, vaguidade, ambiguidade e porosidade da língua

ordinária, seja pela impossibilidade de a regra geral englobar com precisão todos os casos individuais.

É evidente que a adoção de termos gerais mais precisos de acordo com convenções linguísticas minimizam as possibilidades de dúvidas em relação ao sentido da regra. Contrapondo-se a essa ideia, regras jurídicas que fazem remissão a palavras vagas, polissêmicas, imprecisas, em geral, possibilitam uma “abertura” interpretativa mais ampla, conferindo maior autonomia ao julgador, sobretudo se a regra estiver calcada em **conceitos com alto grau de indeterminação**.

2.2. A superação da linguagem jurídica fundamentada na lógica formal

A análise da linguagem jurídica sob a perspectiva exclusivista da linguagem do dever-ser acabou conduzindo o Direito a um raciocínio lógico formal preso à dimensão da proposição¹¹ durante o Estado Moderno¹². Nos domínios da lógica analisa-se o modo como as proposições são formuladas, as premissas adotadas, o vínculo que as une, a conformidade com as regras do sistema a que pertence, etc. (PERELMAN, 2004). Trata-se, a lógica, de uma linguagem científica voltada à construção de juízos restritos ao núcleo proposicional e sua relação sistemática sem levar em conta questões relacionadas ao contexto e à situação.

Assim, sob a ótica da lógica formal, o Direito voltou suas atenções à compatibilidade das proposições normativas com o ordenamento positivado e a linguagem jurídica acabou ficando presa à construção de juízos com base no sentido literal dos enunciados positivados, desprezando o Direito enquanto valor (além de regras) e as circunstâncias do caso concreto. Em busca de objetividade científica, o Direito foi equiparado à lei. Essa visão lógica, comumente conhecida como positivismo, teve na **teoria pura do Direito** de Hans Kelsen seu principal sustentáculo científico.

De acordo com a lógica formal, os juízos são construídos a partir de formas estruturadas de elementos variáveis e constantes das quais se infere, por dedução,

¹¹ “Em Lógica, o vocábulo proposição significa a expressão verbal de um juízo” (CARVALHO, 2008, p. 42).

¹² Para o Direito, a era moderna compreende o período que vai do final do século XIX, a partir da Revolução Francesa, até meados do século XX, pós Segunda Guerra Mundial. Após esse período, do final do século XX até os dias atuais, a fase é conhecida como pós-modernidade ou pós-positivismo.

uma conclusão. Pelo raciocínio lógico, em se adotando proposições como verdadeiras (premissas) chega-se a conclusões igualmente verdadeiras (VILANOVA, 2005), isso porque a lógica formal faz uso de silogismos para alcançar suas conclusões. Tomando o clássico exemplo das proposições “Sócrates é homem” e “todo homem é mortal”, por uma operação lógica, chega-se então à conclusão de que (logo) “Sócrates é mortal”. Substituindo os vocábulos (variáveis) por símbolos, a regra lógica dedutiva mantém-se firme: Se “X é Y” e “Y é Z”, logo “X é Z” (VILANOVA, 2005). Seguindo a lógica formal, a passagem das premissas para a conclusão ocorre de forma necessária e o sentido não sofre oscilações.

Esse raciocínio, típico das ciências exatas, passou a orientar o pensamento jurídico durante a era moderna com o objetivo de conferir “segurança” à concretização do Direito. Nessa fase histórica, o Direito era concebido como um sistema fechado de regras escritas, donde a sua realização dar-se-ia segundo a subsunção lógica do fato à lei¹³ inexistindo abertura à interpretação quanto ao sentido normativo dos enunciados jurídicos. Prevaleceu, aqui, a ideia de que os enunciados legais (gerais e abstratos) possuem um único sentido e atendem satisfatoriamente ao desate de todas as controvérsias individuais, independentemente da particularidade do conflito posto, estando a norma pronta e acabada à espera da sua subsunção ao caso concreto.

A interpretação jurídica tradicional, portanto, desenvolve-se por um método subsuntivo, fundado em um modelo de regras, que reserva ao intérprete [por excelência, o juiz] um papel estritamente técnico de revelação do sentido de um direito integralmente contido na norma legislada. (BARROSO, 2004, p. 107).

Nesse contexto, segundo a lógica formal aplicada ao Direito uma decisão resultante da subsunção do fato à lei, ainda que injusta, deveria ser considerada correta e respeitada a todo custo, sendo suficiente a sua compatibilidade lógico-formal com o texto constitucional. Acresça-se a isso a incompatibilidade do raciocínio desenvolvido pelo magistrado com a atividade intelectual da lógica formal, que pressupõe uma única

¹³ Pela teoria da subsunção, mediante uma relação implicacional de dever-ser, normas gerais e abstratas dão ensejo a normas individuais e concretas. Essa subsunção ocorre mediante a construção de silogismos, donde uma das premissas e a conclusão são normas. A partir de uma operação dedutiva então: a premissa maior equivale ao enunciado legal geral e abstrato (a conduta regulada pelo Direito), a premissa menor corresponde à hipótese concreta (o fato em desacordo com aquela conduta regulada) e o resultado dessa subsunção é, por inferência lógica, a consequência jurídica decorrente da desobediência àquela conduta regulada pelo Direito.

conclusão verdadeira (e não correta). Assim, a lógica formal aplicada ao Direito também se revelou falha diante da possibilidade de um mesmo conflito ser decidido diferentemente por magistrados diversos, dada a inevitável liberdade do intérprete de valorar fatos, provas e até normas diante de um caso concreto.

Muito embora esse olhar sobre o Direito tenha prevalecido durante cerca de um século, a experiência positivista comprovou ser falaciosa a simplificação do raciocínio jurídico a um esquema lógico como método de resolução dos conflitos sociais, já que a subsunção lógica não atendeu à missão de solucionar controvérsias mediante decisões justas e socialmente aceitáveis¹⁴.

A tentativa de obter-se absoluta “clareza” e “segurança jurídica” a partir de um sistema normativo fechado com solução para todos os tipos de controvérsias foi fracassada, pois não encontrou resposta para o problema das lacunas e das antinomias das regras, dos conflitos de princípios e das normas injustas. Não encontrou explicação também para a textura aberta da linguagem jurídica e para as inafastáveis imprecisões linguísticas. Tampouco conseguiu “neutralizar” o magistrado despindo-o dos seus valores, experiências e ideologias que, inevitavelmente, exercem influência na valoração dos fatos, das provas e até das normas durante o processo decisório. O raciocínio lógico-positivista acabou caindo na contradição de, em nome da “certeza” e “segurança” do Direito, incidir em manifesta insegurança por não encontrar resposta para tais questões.

Com o fracasso do positivismo restou comprovada a inconsistência da linguagem lógica no processo de concretização do Direito, já que os enunciados jurídicos não são unívocos e o raciocínio judiciário não é uniforme, possibilitando interpretações diversas acerca dos fatos, provas e normas e, via de consequência, a existência de decisões conflitantes. A falência do raciocínio lógico formal fez então ressurgir, na segunda metade do século XX, o raciocínio dialético desenvolvido por Aristóteles na Antiguidade, que se volta à justificação de premissas verossímeis (e não verdadeiras), por meio do convencimento do discurso, da persuasão, do rebate às posições controversas. Sob

¹⁴ O exemplo mais gritante do fracasso positivista foi a legitimação de regimes autoritários e de suas severas violações a direitos humanos que deixaram manchas inapagáveis na história da humanidade, a exemplo dos modelos nazista e fascista.

esse prisma, a passagem das premissas à conclusão opera-se através de uma justificação plausível e aceitável (e não por uma inferência direta, como na lógica).

As teorias da argumentação jurídica, surgidas no pós Segunda Guerra Mundial, tiveram como objetivo desconstruir o pensamento positivista mediante a demonstração de que o raciocínio judiciário pode levar julgadores diferentes, em situações análogas, a tomarem decisões diversas a partir da conjugação de argumentos contrapostos, da convicção sobre os fatos e valores envolvidos nos litígios, dos precedentes jurisprudenciais existentes, dentre outros elementos subjetivos incompatíveis com a estrutura da lógica formal. E, assim, o foco das teorias argumentativas voltou-se à fundamentação racional (no sentido de coesa e consistente) das decisões judiciais. Como os contornos do presente trabalho não permitem aprofundar o tema, serão pincelados apenas os pontos das principais teorias que se entende relevantes para o estudo em questão.

Uma das teorias da argumentação ressurgida nessa época foi a **tópica** criada pelos antigos, tendo em Theodor Viehweg seu principal expoente. Segundo Viehweg (2008, p. 33) “o aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está orientada para o problema”. No pensamento tópico, o problema (qualquer questão que, a princípio, pressupõe mais de uma resposta) é assumido como algo que dirige a argumentação. Não há, portanto, problema sem solução, já que a resposta não se limita às fronteiras de um sistema em específico como ocorre na visão positivista donde as fronteiras da resolução dos conflitos era o sistema jurídico positivado.

Essa técnica de persuasão caracteriza-se ainda pelo fato do discurso apoiar-se em pontos de vista (proposições e conceitos básicos) socialmente aceitos, legitimados por notáveis (autoridades), os chamados *topois* (ou tópicos). Assim, o pensamento tópico desenvolve-se a partir da formulação de argumentos plausíveis sustentados por tópicos de aceitação social (universais ou afetos a dada área do saber), que guiam o raciocínio e robustecem as premissas assumidas no desfecho do problema, sendo, inapropriado falar em nexos lógicos entre eles: tópicos e premissas (VIEHWEG, 2008).

É justamente porque os tópicos não se encontram vinculados por nexos dedutivos que podem sofrer variação (redução ou ampliação) no tempo e no espaço, sem dificuldades. E essa possibilidade de flexibilização do raciocínio problematizadamente orientado impede o enrijecimento das normas interpretadas (PERELMAN, 2004). Como técnica de pensamento, a tópica leva a argumentação jurídica a um esquema assistemático, sem rigor lógico, afastando a possibilidade das decisões judiciais serem reduzidas a silogismos lógicos formais.

Viehweg (2008) ainda chamou a atenção para o fato de que a jurisprudência corresponde a um método de pensar que opera de forma tópica dentro do sistema jurídico. Os precedentes judiciais funcionam como verdadeiros tópicos balizadores do juízo construído pelo magistrado na busca por uma decisão equânime, segundo o princípio da universalidade (casos análogos impõem desfechos similares). O pensamento problemático aplicado ao Direito abriu as portas para a interpretação das normas num estilo tópico, garantindo a permanência da ordem jurídica diante de mudanças sociais no tempo e no espaço, contribuindo ao desprendimento da “norma” do “sentido literal” do enunciado jurídico positivado.

Não obstante a tópica de Viehweg tenha cumprido importante papel na demonstração da deficiência da lógica formal no desenvolvimento de raciocínio judiciário, não chegou a prever uma metodologia da argumentação jurídica, sendo severas as críticas recebidas face à sua generalidade.

Contemporaneamente, ao ressurgimento da tópica, Chaïm Perelman desenvolveu a sua **teoria da lógica jurídica**. Também em resgate ao pensamento filosófico desenvolvido pelos antigos, a teoria da lógica jurídica fundamenta-se na argumentação jurídica, no jogo de debate e controvérsia, ao final, superado por uma decisão judicial razoável conforme o Direito.

Perelman (2004) defende que em todas as áreas que tratam de opiniões controvertidas, onde se discute e se decide, recorre-se à técnica de argumentação a qual influencia a lógica jurídica porque, ainda que o juiz procure a solução mais equitativa, justa, razoável e conforme as normas jurídicas, não é possível saber quais os procedimentos intelectuais levaram-no a chegar a tal solução já que se está diante

de conceitos subjetivos e controvertidos. Razão que o leva a concluir que “na ausência de técnicas unanimemente admitidas é que se impõe o recurso aos raciocínios **dialéticos** e **retóricos**, raciocínios que visam estabelecer um **acordo** sobre os valores e sobre sua aplicação, quando estes são objetos de uma controvérsia” (PERELMAN, 2004, p. 139, grifos do autor). Em outras palavras, para o autor a argumentação jurídica é uma ferramenta fundamental para atingir-se uma decisão judicial razoável conforme o Direito, o que ele traduz como uma decisão equânime e aceita socialmente pela opinião pública e pelos tribunais, a quem denomina de auditório universal.

Segundo a lógica jurídica, o raciocínio judiciário confere ao juiz a missão de buscar para cada litígio em particular uma solução equitativa e razoável dentro dos limites autorizados pelo sistema do Direito, sendo permitida a flexibilização da lei a partir da intervenção de princípios gerais do Direito e dos tópicos jurídicos (PERELMAN, 2004). Na teoria de Perelman, a fundamentação das decisões judiciais ganha status de direito fundamental e a jurisprudência volta a assumir um papel de destaque no processo decisório. O legado da lógica jurídica perelmaniana reside não só na demonstração da importância da argumentação jurídica como instrumento de convencimento da decisão mais correta e socialmente aceitável, mas principalmente na ideia de que o julgador deve buscar a solução autorizada pelo Direito que seja mais justa.

Entre os teóricos contrários à lógica formal vale destacar ainda Robert Alexy que buscou através da sua **teoria do discurso racional** estabelecer regras e formas de argumentação da decisão judicial, defendendo a necessidade de a argumentação preencher os requisitos de justificação interna e externa. Segundo Alexy (2005), na seara da justificação interna examina-se a compreensão da estrutura (lógica) do raciocínio jurídico, se as premissas fáticas “A”, “B”, “C” e “D”, autorizam a incidência da norma “X” ou ainda “Y” e “Z”. Trata da passagem do fato à norma numa estrutura logicamente admissível, pois ignorá-la tornaria a argumentação incoerente e de fácil refutação. Já no campo da justificação externa, a análise recai sobre a correção da motivação das premissas usadas na justificação interna a partir da sua coerência com os princípios, as regras jurídicas e os precedentes jurisprudenciais.

Dessa forma, Alexy (2005) entende que embora a formação dos juízos esteja marcada por critérios subjetivos de avaliação dos fatos e normas, o processo decisório reveste-se de certo grau de objetividade em razão da necessidade dos argumentos estarem articulados de forma coerente e consistente com tais dimensões jurídicas.

Na sua teoria do discurso racional, o jurista defende a substituição do modelo de subsunção pelo modelo da ponderação, introduzindo a ideia de **regra de ponderação** através da qual cabe ao intérprete-julgador a determinação do peso das formas de argumentos na tomada da decisão. A ponderação alexyana será melhor abordada no capítulo 3, quando for analisada a questão da proporcionalidade e razoabilidade.

Em linhas gerais, as teorias da argumentação foram fundamentais na desconstrução da ideia de que a linguagem jurídica opera-se de acordo com a lógica formal, na medida em que demonstraram que o raciocínio desenvolvido pelo julgador sofre influência de questões subjetivas e valorativas na busca da decisão correta: aquela justa, equânime e socialmente aceitável. Esse novo olhar sobre a aplicação do Direito não implica absoluto desprezo ao método subsuntivo, que continua a desempenhar um papel relevante na solução de casos concretos, embora nem sempre suficiente para chegar-se à correta decisão, mas desaloja a ideia de que as normas possuem um único sentido estático e satisfatório para todas as situações:

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem, e que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. (BARROSO, 2004, p. 107).

A superação da concepção do Direito como um sistema fechado e seguro sem a participação do julgador também conduziu o Direito contemporâneo a adotar regras mais flexíveis com referências a conceitos indeterminados e cláusulas gerais sujeitas à integração, bem como marcou a ascensão dos princípios à condição de normas jurídicas e a supremacia dos direitos fundamentais nas Cartas Constitucionais. O pós-guerra, na Europa, deu ensejo, assim, ao processo de redemocratização e redefiniu a

Constituição como carta de valores e finalidades com força normativa. No Brasil, o marco da redemocratização foi a Constituição Federal de 1988.

A linguagem prescritiva do Direito (o dever-ser) passou então a ser compreendida como o resultado do processo interpretativo do **sentido normativo** das regras jurídicas dentro um sistema constitucional formado por regras e princípios e orientado por direitos fundamentais. Dessa forma, “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto” (BARROSO, 2007, p. 133). Afasta-se a ideia de que a norma encontra-se pronta e acabada nos enunciados jurídicos à espera da subsunção. E o sentido literal vai sendo paulatinamente substituído pelo sentido normativo.

2.3. Texto legal e norma

2.3.1. Regras, princípios e normas

No universo jurídico **texto legal** e **norma** são realidades distintas. O texto (aqui concebido como o dispositivo legal) é a superfície física na qual se apresentam os enunciados¹⁵ jurídicos positivados. Dito de outro modo, é “um texto que deve ser visto como forma linguística de uma norma” (MÜLLER, 2012, p. 187), mas que com a norma não se confunde. Já a norma jurídica, segundo a teoria kelseniana, “quer significar que algo **deve ser** ou acontecer, especialmente que um homem **se deve** conduzir de determinada maneira” (KELSEN, 1991, p. 4, grifos do autor). Para Kelsen, a norma corresponde ao dever-ser extraído do enunciado jurídico positivado estruturado abstratamente em juízos condicionais.

Essa estruturação dos enunciados jurídicos positivados em juízos lógico-condicionais ocorre apenas na dimensão intelectual do intérprete, isso porque “as estruturas lógicas estão encobertas pelas referências conceptuais a fatos-do-mundo (eventos e condutas) que o sistema jurídico trouxe para o seu universo” (VILANOVA, 2005, p. 65). O enunciado “perde-se a propriedade por abandono” (art. 1.275 do CC),

¹⁵ “O enunciado é uma sequência de frases, vistas a partir de um ponto de vista estático e determinada pela comprovação de dois brancos comunicacionais” (WARAT, 1995, p. 82).

leva o intérprete a apreender a norma através de uma relação condicionante: se ocorrer o abandono, então a propriedade será perdida.

Embora seja possível deduzir dos enunciados jurídicos a prescrição de condutas obrigatórias, proibidas e permitidas, o dever-ser não se encontra no texto de forma expressa, como na fórmula lógica “se X, então Y” usualmente utilizada pelos positivistas para explicar o fenômeno normativo. Inevitavelmente, a apreensão da linguagem prescritiva do Direito depende de um prévio processo interpretativo que engloba a pré-compreensão dos fatos e a compreensão da norma em duas dimensões: linguística e jurídica. Ademais, a norma jurídica kelseniana está calcada apenas na estrutura das regras, não contemplando os princípios como normas jurídicas.

Dessa forma, a posição de Kelsen de que a norma significa algo que deva ser ou acontecer merece ser revista e atualizada para a ideia de norma como sendo os sentidos normativos extraídos dos textos legais. Distinguindo “texto” de “norma”, Eros Grau (*apud* CARVALHO, 2008, p. 130) afirma que “a atividade interpretativa é um processo intelectual, pelo qual, partindo-se de fórmulas linguísticas contidas nos atos normativos (textos, enunciados, preceitos, disposições), alcançamos a determinação de seu conteúdo normativo”. Comungando do mesmo entendimento, Humberto Ávila (2013, p. 33, grifo do autor) defende que “**normas** não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. Quer dizer, enquanto o texto (enunciado jurídico ou dispositivo) é a matéria bruta; a norma é a interpretação desse texto no contexto do sistema jurídico.

Posta tal distinção, importa ainda ressaltar que não há uma correspondência necessária entre “texto legal” e “norma”, no sentido de que sempre que houver um texto (enunciado jurídico) haverá uma norma ou sempre que houver uma norma haverá necessariamente um texto que lhe dê suporte (ÁVILA, 2013). Assim, é possível haver enunciado jurídico do qual não emane nenhuma norma, como também existir norma sem um enunciado jurídico correspondente, bem como várias normas provenientes de um mesmo enunciado jurídico ou ainda uma única norma oriunda de vários enunciados.

Para ilustrar tal assertiva, Humberto Ávila (2013) apresenta os seguintes exemplos: o princípio da segurança jurídica é um caso de norma sem texto legal; o

enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus (preâmbulo da CF/88) cuida-se de um caso de texto sem norma; já a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto (técnica de interpretação), através da qual o STF declara, sem mexer no suporte físico, quais as normas construídas a partir daquele dispositivo são incompatíveis com a Constituição, é uma hipótese de texto a partir do qual se constrói várias normas. Há situações ainda em que mais de um dispositivo dá ensejo a uma norma, como ocorre com os dispositivos que preveem a legalidade (art. 150, I, da CF/88), a irretroatividade (art. 150, III, “a”, da CF/88) e a anterioridade (art. 150, III, “b” e “c”, da CF/88) tributárias a partir dos quais se chega à norma da segurança jurídica.

Tais exemplos servem à evidência de que não há uma correspondência necessária entre “texto legal” e “norma”. Essa constatação clarifica ainda mais a fragilidade do apego ao “sentido literal” na concretização do Direito.

Outro ponto de distinção entre “texto legal” e “norma” está na sua mobilidade. Para sofrer alteração, o texto (enunciado jurídico) necessita passar por um processo de retirada do ordenamento jurídico pela via legislativa mediante revogação legal ou pela via judicial através da declaração de sua inconstitucionalidade. A sua vez, a norma jurídica por ser um construto do intérprete é móvel e adaptável a oscilações de sentidos. Não existe para “o” texto “um” sentido normativo unívoco em face à textura aberta da linguagem jurídica. Assim, enquanto o texto é estático (irrepetível é o seu uso); a norma é dinâmica, acompanha as transformações sociais no tempo e no espaço.

A distinção entre “texto legal” e “norma” é salutar principalmente para desalojar a ideia de que a norma encontra-se pronta e acabada na literalidade do texto positivado, como se fosse possível extrair da estrutura linguística um sentido único e determinado. Essa distinção, ao invés de negar, só reforça o laço que une a estrutura linguística e a norma. Como enfatiza Müller (2012, p. 192) “a norma jurídica não pode ser aceita pela metódica simplesmente como algo dado, [entretanto] o texto normativo estabelece, em todos os casos, os limites extremos de possíveis suposições”. Embora “texto legal” e “norma” sejam realidades distintas, estão visceralmente interligadas, já que a margem

de liberdade do julgador para extrair o sentido normativo encontra no texto legal seus limites.

Do texto positivado é possível obter uma regra ou um princípio. Aprimorando um pouco mais a noção do Direito, enquanto sistema, ver-se-á que o sistema jurídico é formado por regras e princípios e ambos são normas jurídicas que se relacionam entre si mantendo-se normativa e valorativamente em unidade¹⁶. A unidade sistêmica é garantida pela Constituição (Norma Fundamental) que traz em si regras e princípios, de igual hierarquia, que validam as demais normas do sistema tanto no âmbito normativo quanto no âmbito axiológico e teleológico. Cada qual exerce funções diferentes e complementares dentro do sistema jurídico: não há regra destituída de valor; nem princípio aplicável à conduta não regulada por uma regra. Dessa forma, reconhecer o Direito como sistema significa interpretá-lo no contexto sistêmico dos princípios e regras que o compõe, não sendo permitido analisar a “parte” dissociada do “todo” significativo.

As regras são normas que prescrevem condutas específicas (obrigatórias, proibidas ou permitidas) atingindo um número delimitado de situações. Estão estruturadas em formações linguísticas compostas por uma **hipótese** (evento eleito pelo Direito como necessário à regulação) e um **consequente** (a conduta pretendida pelo Direito) conduzindo diretamente a uma consequência jurídica e predeterminando a decisão judicial, *a priori*. Assim, acontecendo o evento descrito na sua hipótese, a regra deve incidir pelo método da subsunção. Seguindo a teoria defendida por Dworkin e aprimorada por Alexy, as regras funcionam ao modo **tudo-ou-nada**: se a hipótese de incidência é preenchida, ou a regra é válida e sua consequência normativa deve ser acatada na sua inteireza, ou ela é inválida (DWORKIN, 2010).¹⁷ Nessa linha, uma regra somente deixará de incidir sobre o evento nela prescrita se for declarada inválida (inconstitucional), se houver alguma outra regra que melhor se aplique ao caso ou se não estiver mais em vigor. Dessa forma, as regras buscam conferir **segurança** e tornar **previsível** o Direito.

¹⁶Com guarida na definição defendida por Canaris (2002), o significado contemporâneo de “sistema jurídico” vincula-se à **ordenação valorativa**, em outras palavras, à **adequação** e **unidade** mediante princípios gerais do Direito.

¹⁷Contra esse entendimento, Humberto Ávila defende que as regras não deixam de estar abertas à valoração dos seus fins, permitindo, em casos excepcionais, a tomada de decisão em sentido diverso da consequência jurídica preliminarmente prevista quando as razões de sua inobservância sejam mais relevantes do que o atendimento à própria regra.

No modo tudo-ou-nada, em caso de choque entre duas regras, só uma será válida (uma conduta não pode ser regulada por duas regras contrapostas). Para isso, o sistema prevê critérios objetivos para a retirada de uma delas em função: da temporalidade (a regra superveniente revoga a anterior), da hierarquia (a regra hierarquicamente superior revoga a inferior na pirâmide sistêmica) e da especialidade (a regra especial revoga a regra geral). Dessa forma, a invalidade de uma, entre duas conflitantes, torna viável a aplicação da regra pelo método da **subsunção**. Dizer que as regras sujeitam-se à técnica da subsunção não implica um retrocesso ao raciocínio lógico formal. Significa, na verdade, dizer que não existe regra parcialmente válida ou válida apenas para alguns. Ou as regras são consideradas válidas, ou não.

A dificuldade que se impõe na aplicação das regras pelo modo tudo-ou-nada, e que já vem sendo acusada pela doutrina¹⁸, reside na possibilidade de uma regra ser válida em abstrato, mas, em certas situações, incidir em grave inconstitucionalidade, tornando-se inválida em concreto ou ainda incidir em determinadas situações que naturalmente levariam o intérprete-julgador a afastar a sua aplicação por razões axiológicas que superam a própria finalidade jurídica daquela regra.

Ainda que se conceba o modo tudo-ou-nada, não se pode olvidar que a aplicação das regras jurídicas mediante o raciocínio subsuntivo contemporâneo não prende o julgador ao sentido literal do enunciado jurídico tampouco o torna indiferente ao contexto no qual a controvérsia se apresenta (texto e norma são realidades distintas!). Mesmo na dimensão das regras, essencialmente mais rígidas face à previsão objetiva de condutas, não há uma solução unívoca de conflito, já que a avaliação principalmente dos fatos (quais fatos são relevantes para o desfecho da controvérsia?), das provas (quais provas devem ser produzidas? E consideradas?) e muitas vezes das normas (quais normas são aplicáveis nesse caso?) acaba sendo subjetiva. Afinal, o percurso da regra à norma não é automático, passando necessariamente por um processo interpretativo do julgador quanto à adequação dos fatos ao enunciado jurídico prescritivo de conduta e valor. E os “fatos” comportam múltiplos pontos de vista!

¹⁸ A exemplo de Humberto Ávila, Luís Roberto Barroso e Ana Paulo Barcellos.

Ainda que as regras, pela sua prescrição específica de condutas, confirmam menor espaço de atuação ao julgador, já que as consequências jurídicas são previamente conhecidas, não se pode negar que as imprecisões da língua podem conduzir julgadores distintos a interpretações divergentes acerca de uma mesma regra, pois a textura aberta da linguagem é inevitável. Isso não invalida o modo tudo-ou-nada preconizado por Dworkin e Alexy, já que a interpretação da regra precede, evidentemente, a sua aplicação, mas certamente afasta a ideia conservadora da subsunção.

Ademais, muitas vezes a atuação do julgador é maximizada em razão da possível (e até provável) referência nas regras e termos a conceitos vagos e imprecisos que necessitem de integração (como “boa-fé”, “razoável”, “justa medida”, “bons costumes”). Embora tais termos e conceitos revelem uma ideia prévia de sentido, sua definição precisará sempre ser complementada pelo magistrado à luz das circunstâncias do caso concreto, o que permite uma maior abertura à interpretação da regra. Desse modo, a rigidez da regra não é absoluta e o limite de atuação do julgador será, em todos os casos, o sentido normativo.

Doutro lado, os princípios¹⁹ são normas que estabelecem os valores (isonomia, liberdade de expressão, direito à propriedade, por exemplo) e os fins públicos (como a radicação da pobreza, a justiça social, a redução das desigualdades regionais) perseguidos pelo Direito (neste caso, o brasileiro), condicionando o sentido de todas as demais normas jurídicas de determinado sistema jurídico. Como são normas com maior grau de abstração, logo, são mais flexíveis atingindo um amplo e indeterminado número de situações. Embora seja possível identificar um núcleo significativo mínimo, os princípios não prescrevem quais as condutas realizam-nos, pois são **estados ideias**.

¹⁹ O conceito de “princípio” não é uma questão unânime na doutrina. Segundo Humberto Ávila (2013, p. 104) “os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras”. Para Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 252) “princípios são ‘normas jurídicas’ carregadas de forte conotação axiológica. É o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influndo vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica”. Comungando do pensamento de Bydlinski, Larenz (1997, p. 177) considera os princípios “diretrizes, que operam a mediação entre a ideia de Direito (ou os valores jurídicos de escalão superior) e as regulações de um Direito positivo”. Em sua obra *Levando os direitos a sério* Dworkin (2010, p.36) assevera “denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado (...) porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Tome-se como exemplo o princípio da isonomia. A finalidade axiológica desse princípio é evidente: conferir tratamento igualitário para os iguais e diferenciado para os desiguais na medida das suas desigualdades. Mas quais comportamentos podem ser considerados equivalentes para configurar um tratamento igualitário? E quais as situações que permitem o *discrímen*? Tais questões não encontram respostas preliminarmente prontas e acabadas. Só as circunstâncias do caso concreto poderão indicar qual consequência jurídica alcança o princípio isonômico (o que pode ser considerado igualitário em determinado contexto). Assim, enquanto as regras buscam a **segurança**; os princípios buscam fazer valer a **justiça**.

A dificuldade que se impõe na aplicação dos princípios está justamente na ausência de condutas definidas em estruturas linguísticas prescritivas para atingir tais valores e fins. Ainda que seja possível identificar um núcleo significativo mínimo, a sua aplicação sempre exigirá uma atuação concreta do intérprete-julgador. O que irá variar é a intensidade dessa atuação. Princípios como “dignidade da pessoa humana” e “igualdade” demandam uma maior atuação do intérprete-julgador no preenchimento da sua definição em concreto, porque estão mais abertos à valoração, do que os princípios da “segurança jurídica” e do “duplo grau de jurisdição”.

Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance. (BARROSO, 2007, p. 139).

Sendo extenso o catálogo de princípios numa sociedade complexa e com valores por vezes conflitantes, frequentemente, eles entram em colisão. Assim, ocorrem choques entre o direito de propriedade e a sua função social; a liberdade de expressão e o direito à privacidade; a livre iniciativa e o direito do consumidor; a liberdade de reunião de uns e o direito de ir e vir dos demais, dentre outros confrontos corriqueiros. A colisão entre princípios passou a ser concebida como um fenômeno inevitável,

conduzindo o Direito contemporâneo ao método da **ponderação**, já que a subsunção é incapaz de resolver o conflito entre normas igualmente válidas.

Seguindo a teoria de Alexy, os princípios, na condição de direitos fundamentais, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, razão pela qual o autor defende que são **mandamentos de otimização** (ALEXY, 1993). Dessa forma, a sua aplicação ocorre de forma graduada (e não no modo tudo-ou-nada), mediante o sopesamento dos princípios em colisão num dado caso concreto²⁰.

Diferentemente do que ocorre com as regras, pelo mecanismo da ponderação o choque entre princípios é solucionado mediante juízo valorativo do intérprete-julgador, devidamente fundamentado, quanto ao grau de intensidade (o peso) que cada qual exerce em determinado caso concreto, preservando-se sempre que possível o máximo de cada um. Isso implica dizer que, em abstrato, os princípios têm igual peso e hierarquia; em concreto, adquirem pesos diferentes. Dessa forma, o controle não é de compatibilidade com o ordenamento; o controle é de intensidade diante de determinada situação concreta. Logo, a aplicação de um princípio não implica a invalidade de outro.

(...) na aplicação dos princípios, o intérprete irá determinar, *in concreto*, quais são as condutas aptas a realizá-los adequadamente. Nos casos de colisão de princípios ou de direitos fundamentais, caberá a ele fazer as valorações adequadas, de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando escolhas acerca de qual interesse deverá circunstancialmente prevalecer. Um intérprete que verifica a legitimidade de condutas alternativas, que faz valorações e escolhas, não desempenha apenas uma função de conhecimento. Com maior ou menor intensidade, de acordo com o caso, ele exerce sua discricionariedade. Para que não sejam arbitrárias, suas decisões, mais do que nunca, deverão ser racionais e argumentativamente fundamentadas. (BARROSO, 2004, p. 109).

A técnica da ponderação justifica-se como ferramenta de decisão quando se está diante de casos difíceis (*hard cases*). Nessas circunstâncias, os princípios atuam de maneira mais vigorosa e até necessária para chegar-se a decisões corretas (DWORKIN, 2010).

²⁰ Dworkin fala em dimensão do peso dos princípios. Aprimorando essa ideia, Alexy introduziu a noção de ponderação.

Afora a diferença de conteúdo normativo (as regras preveem condutas; os princípios valores e finalidades públicas), o ponto relevante de distinção entre regras e princípios está na intensidade da atuação do julgador. As regras por relatarem condutas específicas são mais rígidas; já os princípios, cuja especificação depende de uma valoração em concreto, são mais flexíveis. Lá, o campo de atuação do julgador é menor, embora possa ser ampliado pelo legislador a partir da adoção de cláusulas gerais e conceitos indeterminados; aqui, é amplo e necessário, permitindo ao julgador uma margem maior de discricionariedade na tomada de decisão.

A distinção também se impõe na forma de controle. Enquanto a aplicação de princípios a partir de juízos valorativos é controlável apenas pela racionalidade da fundamentação adotada, para a aplicação de regras o sistema prevê meios objetivos de controle, a exemplo das regras processuais e o controle de constitucionalidade.

A problemática que atualmente se apresenta, e passou ao centro de discussão doutrinária, reside justamente no equilíbrio entre regras e princípios. Se, de um lado, a supremacia das regras sobre princípios é nefasta, como restou comprovada a experiência positivista; do outro, a sobreposição de princípios a regras é igualmente perigosa à prática de arbítrios na tomada de decisão. Em alguns casos, a técnica da subsunção não atende satisfatoriamente às finalidades das regras e o julgar conforme o contexto (algumas situações demandam ponderações); em outros, a resolução de controvérsias dispensa a ponderação de princípios (há casos em que é possível a aplicação de princípio pelo método subsuntivo). A doutrina²¹ busca traçar regras para evitar que a ponderação não dê margem a julgamentos fundados em valorações pessoais, mas como o controle da racionalidade do discurso fica a cargo dos julgadores a dogmática pode não surtir efeito na prática judiciária.

Vive-se em tempos de conflito metodológico: entre regras rígidas (subsunção) e princípios flexíveis (ponderação) quem padece é o Direito.

²¹ Entre juristas estrangeiros cite-se Alexy e Larenz; entre os brasileiros, por exemplo, Humberto Ávila e Luís Roberto Barroso.

2.3.2. *Decisão, jurisprudência e sentido normativo*

A decisão judicial também tem natureza normativa. Enquanto regras e princípios são normas na sua dimensão abstrata; a decisão judicial é a norma na sua dimensão concreta, funcionando como a principal ferramenta de concretização do Direito, por isso também é denominada de **norma-decisão**. Alguns atos administrativos também são normas concretas, a exemplo dos lançamentos de infrações trabalhistas, tributárias, ambientais, de trânsito e administrativas em geral. Ocorre que, no âmbito administrativo a norma concreta não se reveste do atributo da coatividade. Em caso de não atendimento voluntário, a Administração é obrigada a socorrer-se ao Poder Judiciário para vê-la cumprida, dependendo de uma decisão judicial para o seu efetivo implemento. Por isso, a decisão judicial é a norma concreta por excelência e será o cerne do presente estudo (na qualidade de discurso jurídico), que se dedica apenas à concretização do Direito no âmbito jurisdicional.

Decidir conflitos sociais é uma expressão imperativa de poder do Estado sujeita a limitações criadas pelo próprio sistema jurídico no intuito de evitar práticas arbitrárias e contrárias aos valores e fins que o orientam. Uma dessas limitações está na necessidade de fundamentação (motivação) das decisões judiciais que passou a ser obrigatória após a Revolução Francesa e assim o é até os dias atuais no Direito ocidental²². Na Constituição Federal de 1988 esse dever encontra-se expressamente previsto no art. 93, IX²³.

²² É possível distinguir três fases do raciocínio judiciário no contexto da história ocidental. A primeira delas é marcada pelo período que precede a Revolução Francesa, quando o raciocínio judiciário orientava-se pela regra de **justiça**, exigindo a adoção de **tratamento igual a casos essencialmente semelhantes**. Nesse momento, não havia uma preocupação com a motivação das decisões judiciais, prevalecendo a aplicação de regras consuetudinárias e precedentes. A segunda fase surge após a Revolução Francesa, no Estado Moderno, ocasião em que o raciocínio judiciário passa a pautar-se pela legalidade e segurança jurídica através de um pensamento sistemático e dedutivo, tornando-se obrigatória a fundamentação das decisões judiciais em normas escritas com o intuito de coibir a prática de arbitrariedades e garantir a estabilidade das relações sociais. A terceira fase inicia-se em meados do Século XX, no pós-guerra. Nesta fase, vigente até os dias atuais, o raciocínio judiciário confere ao juiz a missão de buscar para cada litígio em particular uma **solução equitativa e razoável dentro dos limites autorizados pelo sistema do Direito**, sendo permitida a flexibilização da lei a partir da intervenção de princípios gerais do direito e dos tópicos jurídicos (PERELMAN, 2004, grifos do autor).

²³ Art. 93 [...]. IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em caso nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

“Motivar” não se confunde com “explicar”. Distinguindo tais conceitos, Atienza (2003, p. 20, grifos do autor) esclarece que “dizer que o juiz tomou essa decisão devido às suas fortes crenças religiosas significa enunciar uma **razão explicativa**; dizer que a decisão do juiz se baseou numa determinada interpretação do artigo 15 da Constituição significa enunciar uma **razão justificadora**”. Não obstante fatores pessoais (psicológicos, religiosos, étnicos, e até crenças individuais, preconceitos, estado de humor, etc.) influenciem o “livre convencimento” do juiz, interessará ao Direito a exteriorização das razões de decidir, ou seja, se a motivação da decisão confere aceitável aplicação das normas jurídicas.

Várias são as razões (democráticas, sociais, psicológicas, etc.) que justificam a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais, conforme elucida T. Sauvel:

Motivar uma decisão é expressar-lhe as razões. É, desse modo, obrigar quem a toma a tê-las. É afastar toda arbitrariedade. Somente graças à motivação aquele que perdeu um processo sabe como e por quê. A motivação convida-o a compreender a sentença e não o deixa entregar-se por muito tempo ao amargo prazer de “maldizer os juízes”. Ela é que o ajuda a decidir se deve recorrer, ou, se for o caso, a dirigir-se à Cassação. Ela é que permite não colocar-se novamente em uma situação que faria nascer um segundo processo. Além do mais, a motivação dirige-se não apenas aos pleiteantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas, o modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentadores, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar as sentenças entre si, de analisá-las, agrupá-las, criticá-las, de extrair delas lições, em geral, também de preparar as soluções futuras. (*apud* PERELMAN, 2004, p. 210-211).

A fundamentação das decisões judiciais vai além da mera obediência a uma regra processual, ganhando, status de direito fundamental. Diz respeito a convencer articulando argumentos sólidos que, resistindo a objeções, sejam capazes de demonstrar que a solução apresentada ao litígio é a mais correta porque harmônica às regras e princípios constitucionais, às demais normas do ordenamento jurídico e à jurisprudência, atendendo, assim, satisfatoriamente à concretização do Direito. É a consistência e a coerência da fundamentação (ou o discurso racional) que irá legitimar a decisão judicial como a mais aceita pelo senso comum, pela comunidade científica e pelos tribunais.

Quando se fala em fundamentação das decisões judiciais espera-se, portanto, que a exposição das razões de decidir atenda aos critérios de coerência e consistência (justificação interna e externa) do raciocínio jurídico na busca pela correta solução de controvérsias, daí porque a mera indicação de disposições legais e/ou a citação de precedentes jurisprudenciais não satisfazem ao direito fundamental a uma consistente decisão judicial, embora seja esta uma “saída” recorrente na prática judiciária para validar a atividade decisória.

Nesse particular, é preocupante o abismo verificado entre a noção científica da motivação das decisões e a realidade da prática forense. Muitas são as razões de ordem prática (o alto volume de processos, a ineficiência da máquina judiciária, a ausência de repreensão aos magistrados, etc.) que acabam mitigando a importância da adequada exposição do raciocínio jurídico e legitimando como “fundamentadas” decisões sem a devida concatenação de argumentos e insuficientes a justificar satisfatoriamente a resolução de conflitos. Situação que implica descrédito ao Poder Judiciário e suscita a aplicação disfarçada do arbítrio, merecendo, portanto, maior repúdio dos Tribunais Superiores como meio de combate a tais práticas que fragilizam significativamente o Estado Democrático de Direito.

Como já foi dito, a passagem da norma geral e abstrata para a norma individual e concreta ocorre mediante um processo interpretativo realizado pelo julgador de adequação dos fatos às normas previstas no sistema jurídico. Nesse processo de concretização do Direito, a atividade decisória demanda a interpretação do sentido dos fatos e a interpretação do sentido das normas jurídicas aplicáveis ao caso, sendo a norma-decisão o resultado dos sentidos construídos pelo intérprete-julgador. E a construção do sentido textual passa primeiro pela pré-compreensão do intérprete quanto à coisa analisada. Essa pré-compreensão “não se refere só à ‘coisa Direito’ e à linguagem, em que dela se fala, (...), mas também a contextos sociais, às situações de interesses e às estruturas das relações da vida a que se referem as normas jurídicas” (LARENZ, 1997, p. 290). O julgador é chamado a pensar nas consequências da sua decisão.

Na dimensão fática, a interpretação recai sobre quais circunstâncias do caso apreciado são relevantes e quais devem ser desprezadas; na dimensão normativa, a análise repousa sobre o sentido normativo extraído dos textos legais aplicáveis ao caso em função de dado contexto. Evidentemente, tais sentidos não são neutras constatações da realidade, demandam tomadas de decisão (quais fatos interessam? Quais normas são aplicáveis ao caso? Quais devem ser os sentidos normativos?) e escolhas lexicais persuasivas. Logo, os “sentidos” conferidos pelo intérprete-aplicador serão determinantes à concretização do Direito.

Numa dimensão mais ampla, a jurisprudência corresponde ao resultado de decisões judiciais julgadas reiteradamente num mesmo sentido. Enquanto a decisão judicial volta-se ao sentido fático e normativo de enunciados jurídicos no âmbito estrito do caso concreto; a jurisprudência ocupa-se do sentido normativo de enunciados jurídicos no âmbito *lato*, funcionando como “um sistema de enunciados **sobre** o Direito vigente” (LARENZ, 1997, p. 270, grifo do autor). Dizer o sentido normativo dos enunciados jurídicos não corresponde a “definir” significados em seu estado dicionário. A interpretação de um texto não resulta da compreensão da soma das palavras nele contidas, mas sim, pressupõe inferir o seu sentido a partir das conexões entre as palavras e os enunciados do texto dentro de um universo sistêmico²⁴.

O processo de compreensão segue, portanto, o caminho inverso: vai do sentido textual ao significado da palavra e só em caso de dúvidas quanto ao sentido textual retrocede-se à palavra para então obtê-lo.

Como os significados não são unívocos e as palavras não são etiquetas fixadas às coisas, os sentidos, incluindo aí os sentidos normativos, podem ganhar conotações diversas no contexto, já que a dinâmica da língua não permite precisar com “segurança” todas as possibilidades de seu uso. Ademais, a constituição do sentido normativo dos enunciados jurídicos é necessariamente influenciada pela realidade social que lhe é contemporânea, dada a expectativa de alcançar o sentido justo e adequado aos valores e às finalidades do Direito na atualidade (e não à época em que o texto legal foi

²⁴ Segundo Menezes Cordeiro (2002, p. LXVIII) “as cadeias linguísticas – mesmo quando não passem por estruturas materiais – vêm, afinal, a consubstanciar as conexões propriamente jurídicas: estas dependem daquelas, no seu conhecimento como na sua própria onticidade”.

publicado), levando a modificações quanto ao significado dos termos no tempo e no espaço.

Seguindo essa linha de raciocínio, Larenz defende que o sentido normativo dos enunciados jurídicos depende do seu uso fazendo alusão à teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein:

A observação de que um mesmo termo possa significar algo completamente distinto, conforme o contexto em que é usado expresse uma realidade normativa ou factual, vai de par a ideia de que a linguagem dos enunciados normativos – quer dizer, dos enunciados sobre o mundo das normas – tem de considerar-se, apoiando-nos aqui pontualmente na filosofia do último WITTGENSTEIN, como um “jogo de linguagem” particular. O significado de uma palavra, diz-nos WITTGENSTEIN, não se lhe cola como uma propriedade estável, mas resulta em cada caso do seu uso em um determinado “jogo de linguagem”. (LARENZ, 1997, p. 278-279).

Larenz chama atenção para a inadequada aplicação de um termo num contexto de determinado jogo de linguagem em outro distinto, rechaçando a identidade entre o sentido normativo dos enunciados jurídicos e o sentido literal imediatamente compreensível, vez que o sentido normativo não advém do significado do termo em seu estado dicionário, mas sim do seu uso estabelecido no jogo de linguagem jurídico ou ainda do que representa na **cadeia de sentido da esfera normativa do Direito**.

Os termos que exprimem o normativo cobram na linguagem da Jurisprudência um significado muito mais preciso do que o que têm na linguagem corrente geral. Este significado não resulta, todavia, em primeira linha de uma definição, mas do seu papel, da sua função na cadeia de sentido da esfera normativa do Direito, do seu uso estabelecido no “jogo de linguagem” e da sua referência de sentido a outros termos, complementares ou opostos entre si, da mesma esfera de sentido (LARENZ, 1997, p. 280).

Por fim, o jurista alemão espanca eventual mal-entendido proveniente da expressão “jogo de linguagem”, esclarecendo que não se trata de “fazer malabarismos com as palavras” ou “jogo com a linguagem”, mas sim um modo especial de, dentro de determinada linguagem, falar de determinadas coisas ou âmbito de experiência levando em consideração as palavras em uso (LARENZ, 1997). Entre os juristas brasileiros, cumpre destacar a posição de Humberto Ávila que também rechaça a equivalência

entre “sentido normativo” e “sentido literal” do texto positivado seja porque os significados dependem do uso; seja porque a “vontade do legislador” é utópica:

O significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto. (ÁVILA, 2013, p. 34, grifo do autor).

Dessa forma, tanto a decisão judicial quanto a jurisprudência, cada qual na sua órbita de atuação, constituem os sentidos normativos dos enunciados jurídicos dentro dos limites significativos do texto e da esfera normativa do Direito num determinado contexto social.

Ressalte-se ainda que a jurisprudência desempenha um papel bastante relevante no funcionamento esperado do Direito, exercendo a função de estabilização das relações sociais e reforçando a ideia de previsibilidade do Direito a partir da constituição dos sentidos normativos a serem aplicados uniformemente em situações análogas. Ela se apoia na concepção universal de justiça e equidade, de conferir tratamento isonômico àqueles que se encontram em situação paritária, no princípio da segurança jurídica e na confiança quanto à aplicação do Direito.

Tais finalidades não impedem, contudo, a inobservância consentida da jurisprudência em determinadas circunstâncias. As principais técnicas de superação de precedentes jurisprudencias são o *distinguishing* e o *overruling*. Sucintamente, pela técnica do *distinguishing* interpreta-se de forma estrita a norma que deve ser considerada sob a perspectiva do precedente, deixando de aplicá-lo em caso de eventual incompatibilidade com a hipótese normativa. Já pela técnica do *overruling* supera-se o precedente por dessemelhanças fáticas.

A problemática que se impõe ao uso da jurisprudência como instrumento para conferir tratamento igualitário àqueles em situação de equivalência reside no fato de que não existem situações absolutamente iguais, logo a questão é saber quais aspectos fáticos e jurídicos devem ser considerados relevantes para julgar casos como semelhantes ou distintos? Outra questão que merece igual reflexão diz respeito a situações equivalentes nos seus aspectos relevantes que exigem solução distinta, pois o sentido normativo fixado no precedente jurisprudencial já não atende à justa decisão no contexto social que lhe é contemporâneo.

Para superar tais dificuldades inerentes à aplicação da jurisprudência, Alexy (2005) apoia-se na carga da argumentação. Ele legitima o uso da **ponderação** condicionando-a ao peso de argumentação de quem queira afastar precedentes existentes sobre o caso, mas reconhece que a linha que separa os casos reconhecíveis como semelhantes ou distintos é fluida. Inevitavelmente, o uso inadequado da jurisprudência pode levar à neutralização da discussão jurídica (fazendo as vezes de um argumento “tampão”) e obscurecer as dessemelhanças entre “casos familiares” (afinal, quem dita o que é relevante ou não é o julgador diante do caso concreto), quando utilizada como mera **estratégia discursiva**.

A justa medida entre texto legal e norma é determinante para que o percurso da linguagem positivada para a linguagem normativa possibilite a adequada concretização do Direito, mas essa “justa medida” só atenderá aos ditames da justiça e equidade se levar em conta o contexto em que se apresenta a controvérsia, pois os sentidos normativos não são construídos num vácuo social. Porém, se, de um lado, o sentido literal retira o Direito do contexto; do outro, o sentido normativo encontra no texto seus limites jurídicos.

3. A QUESTÃO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NO DIREITO

3.1. Breves noções jurídicas

A aplicação da “proporcionalidade” e da “razoabilidade” nas decisões judiciais é tema bastante debatido pela doutrina estrangeira e nacional desde o final do século XX. Há inúmeros artigos e livros voltados especificamente sobre essa matéria expondo posições convergentes e contraditórias acerca da sua conceituação, da sua estrutura e da sua função no sistema jurídico. Não se pretende aqui esgotar o debate teórico em torno de tais conceitos, se é que isso seja possível, mas apenas fixar balizas que irão auxiliar as análises críticas do discurso jurídico das decisões cerne do presente trabalho.

Enquanto tais conceitos soam como sinônimos na língua comum (partindo-se da ideia de que aquilo que é razoável, conseqüentemente, é proporcional, e vice-versa) na ciência jurídica a similaridade entre eles ainda é ponto de discussão, em que pese a semelhança dos seus objetivos, inclusive, para aqueles que defendem a existência de uma dessemelhança jurídica²⁵.

A proporcionalidade está associada à relação de causalidade entre duas grandezas variáveis, meio e fim, numa dada situação. De um modo geral, pode ser compreendida como a justa medida do equilíbrio entre meio e fim indissociavelmente ligada à ideia de justiça. Essa noção de “proporcionalidade” é, sem dúvidas, inerente ao próprio raciocínio judiciário desenvolvido na concretização do Direito, ou seja, à concepção de que a aplicação da norma deve ser proporcional à conduta praticada (ninguém questiona que a multa deve ser proporcional à gravidade da infração, por exemplo). Mas, no constitucionalismo a noção de “proporcionalidade” ganhou uma conotação específica. Sob essa ótica, a proporcionalidade busca preservar a relação entre uma medida concreta e a finalidade pública a ser promovida na norma jurídica quando se está diante de interesses colidentes e restrições a direitos fundamentais. Questão que será abordada mais adiante.

²⁵ Nesse sentido, Humberto Ávila (2004, 2013) e Virgílio Afonso da Silva (2002).

A “razoabilidade”, assim como a “proporcionalidade”, também faz parte do raciocínio lógico desenvolvido pelo magistrado na concretização do Direito, já que na aplicação das normas jurídicas há de sempre se levar em conta aquilo que seja prudente, praticável (utilizando o mesmo exemplo, é igualmente unânime que a multa não deve ser estipulada em grau tão elevado que cause sacrifício insuportável ao infrator). A razoabilidade também se associa à relação de causalidade entre duas grandezas variáveis numa dada situação: meios e fins, para uns²⁶; medidas e critérios, para outros²⁷. Trata-se de uma exigência de congruência ligando-se, igualmente, à ideia de justiça.

Com efeito, razoabilidade enseja desde logo uma ideia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz aquilo que não é absurdo, tão-somente o que é admissível. Razoabilidade tem, ainda, outros significados, como, por exemplo, bom senso, prudência, moderação. (BARROS, 2000, p. 70).

No direito constitucional, também ganhou contornos mais específicos, voltando-se à preservação dos direitos fundamentais, mas numa dimensão até mais subjetiva que a proporcionalidade. Para Humberto Ávila (2013, p. 182, grifo do autor), a razoabilidade diz respeito ao balanceamento entre interesses colidentes impondo “uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a **dimensiona**”. Ainda segundo Ávila (2013), a razoabilidade possui outras facetas, exigindo a harmonização da regra geral com o caso individual (enquanto equidade) e a harmonização entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada (enquanto congruência). Ricardo Lobo Torres (2002) também chama a atenção para a razoabilidade enquanto razão de congruência entre realidade social, meios, valores e fins.

Que fique claro, portanto, que as noções de “proporcionalidade” e de “razoabilidade” não se confundem com a mera alusão a algo “proporcional” ou “razoável”. Um enunciado jurídico pode referir-se à ideia de “proporcional” como justa medida (a exemplo da proporcionalidade da prestação ao valor da obrigação oposta,

²⁶ A exemplo de Luís Roberto Barroso.

²⁷ Assim entende Humberto Ávila.

art. 157 do CC) em sentido absolutamente distinto da “proporcionalidade” como instrumento de proteção a direitos fundamentais.

A proporcionalidade e a razoabilidade, construtos do constitucionalismo pós-positivista, têm como principal campo de atuação os direitos e garantias fundamentais, funcionando como mecanismo de proteção desses direitos (princípios). Surgiram²⁸ como ferramentas à disposição do magistrado para coibir restrições desnecessárias ou abusivas advindas dos Poderes Legislativo e Executivo, já que a previsão de direitos fundamentais na Constituição tornar-se-ia inócua se o Poder Judiciário não dispusesse de meios para controlar restrições e/ou intervenções excessivas dos outros Poderes sobre tais direitos (BARROS, 2000). Desse modo, a confusão conceitual entre “proporcionalidade” e “razoabilidade” surge, e é plausível, porque ambas são utilizadas como instrumento de controle dos atos legislativos e executivos que restrinjam em demasia direitos fundamentais. Mas várias são as vozes que defendem a sua distinção.

Humberto Ávila alega, de forma contundente, a diferenciação entre “proporcionalidade” e “razoabilidade”. Segundo ele são conceitos distintos, pois, no primeiro caso, exige-se uma relação entre meio e fim; no segundo, uma relação entre medida e critério. Mas chega a admitir ser plausível enquadrar a razoabilidade (e também o excesso de proibição) no exame da proporcionalidade em sentido estrito, que será adiante abordada, argumentando que “se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação dos vários interesses em conflito, (...), a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade” (ÁVILA, 2013, p. 182).

Já Virgílio Afonso da Silva (2002) advoga que a diferenciação está na sua origem, pois enquanto, para esse autor, a razoabilidade advém do princípio da irrazoabilidade surgido na Inglaterra, a proporcionalidade no controle dos atos restritivos de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. A dessemelhança para ele também se verifica quanto à estrutura, já que a proporcionalidade tem uma estrutura racionalmente definida,

²⁸ O princípio da proporcionalidade ganhou contornos constitucionais na Alemanha, no pós Segunda Guerra Mundial, passando a ser concebido como um mecanismo de controle dos excessos cometidos pelo Poder Legislativo em matéria de direitos fundamentais. Nos Estados Unidos, o princípio da razoabilidade teve origem mais de meio século antes, surgindo como decorrência do *due process of law*, que na feição norte-americana funciona também como garantia da ordem processual aos direitos fundamentais, permitindo aos juízes o exercício de um amplo controle de constitucionalidade das leis que venham a restringir tais direitos (BARROS, 2000).

composta pelas regras subsidiárias e pré-definidas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, diferenciando-se, portanto, da mera exigência de razoabilidade que carece de uma estrutura racional. Contudo, o autor reconhece que o conceito de “razoabilidade” (no sentido de compatibilidade entre meios e fins e a legitimidade dos fins, conforme entende Luís Roberto Barroso) corresponde a uma dos subcritérios da “proporcionalidade”: a adequação.

Percebe-se, portanto, que tais conceitos, inclusive para defensores árdios da sua distinção, estão umbilicalmente ligados: a razoabilidade encontra-se de certo modo contida na proporcionalidade.

Doutro lado, doutrinadores de igual respeito entendem que são conceitos equivalentes. Para Suzana Toledo de Barros:

O **princípio da proporcionalidade**, [...], como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o **princípio da razoabilidade** dos norte-americanos, desenvolvido mais de meio século antes, sob o clima de maior liberdade dos juízes na criação do direito. (BARROS, 2000, p. 57, grifo da autora).

Luís Roberto Barroso (BARCELLOS, 2005, p. 302, nota de rodapé, grifo do autor) também os equipara esclarecendo que “um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichos. Por essa razão, **razoabilidade** e **proporcionalidade** são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis”.

No Brasil, tais conceitos apresentam-se de forma confusa: ora são tratados como distintos; ora são tratados como equivalentes, prevalecendo na jurisprudência a alusão como sinônimos²⁹. De fato, ambos os conceitos estão ligados a juízos de equidade e justiça, ao justo dimensionamento seja entre meio e fim ou medida e critério em matéria

²⁹ “[...]. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa” (STF, HC 94.661/SP, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, julgado em 30.09.2008, publicado no DJe em 24.10.2008).

“[...] Não viola o princípio da separação dos poderes o controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade, o qual envolve a verificação da efetiva ocorrência dos pressupostos de fato e direito, podendo o Judiciário atuar, inclusive, nas questões atinentes à proporcionalidade e à razoabilidade” (STF, AI 832.901 AgR/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 17.09.2013, publicado no DJe em 19.11.2013).

“[...] A regra editalícia fugitiva fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, estabelecendo exigência impertinente para o desempenho da função” (STF, AI 797.363 AgR/PE, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14.02.2012, publicado no DJe em 08.03.2012).

“[...] Exação que, ademais, se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade” (STF, RE 573.675/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25.03.2009, publicado no DJe em 22.05.2009).

de direitos fundamentais, daí porque a linha que os divide nem sempre é nítida tampouco fixa.

Partindo da premissa que o juízo de razoabilidade está contido no juízo de proporcionalidade, passa-se, então, a analisar os contornos metodológicos desenvolvidos pela doutrina alemã para a “proporcionalidade”, adotada maciçamente pelos juristas e Tribunais brasileiros, sendo, por conseguinte, extensíveis à análise da “razoabilidade”.

Segundo a doutrina alemã, a proporcionalidade é composta de três subcritérios: adequação (ou idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O critério da adequação (ou idoneidade) traduz a ideia de que a medida restritiva de um direito fundamental deve ser adequada à consecução da finalidade pública perseguida (promovida por um princípio de Direito). Pela adequação, o meio deve levar à promoção do fim sem prejudicar outros direitos (princípios):

Se um meio **M**, que é empregado para fomentar a realização do princípio **P1**, para isso não é idôneo, porém prejudica a realização de **P2**, então não nascem custos nem para **P1** nem para **P2**, se **M** é deixado cair, porém custos para **P2** se **M** é empregado. [...]. **P1** e **P2**, **tomados em conjunto**, proíbem, com isso, o emprego de **M**. Isso mostra que o princípio da idoneidade não é outra coisa que a expressão da ideia de otimidade-Pareto: uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras. (ALEXY, 2005b, p. 339, grifo do autor).

O critério da necessidade, a seu turno, impõe que a medida restritiva de um direito fundamental seja indispensável à consecução deste ou de outro direito fundamental e não possa ser substituída por outra medida menos gravosa. De acordo com a necessidade, o meio deve ser necessário ao fim e, ao mesmo tempo, ser o menos restritivo ao direito afetado. Diante do inevitável sacrifício de mais de um direito (princípio) deve ser escolhido o meio que menor impacto cause aos princípios envolvidos:

Esse princípio pede, de dois meios, que, em geral, fomentam igualmente bem **P1**, escolher aquele que menos intensamente intervém em **P2**. Se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente bem idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra. A aplicabilidade do princípio da necessidade pressupõe, todavia, que não existe um terceiro princípio **P3** que, pelo emprego do meio menos intensivamente

interveniente em **P2**, é afetado negativamente. Nessa conjuntura, o caso não mais pode ser resolvido com base em reflexões, que se apoiam na ideia da otimidade-Pareto. Se custos ou sacrifícios não podem ser evitados, torna-se necessária uma **ponderação**. (ALEXY, 2005b, p. 339, grifo nosso).

O critério da proporcionalidade em sentido estrito, complementando os princípios da adequação e necessidade, determina que, além de adequada e necessária, a medida restritiva seja razoável aos fins perseguidos. A restrição causada pelo meio deve justificar a vantagem atingida com a realização do fim. Esse critério liga-se à ideia do justo equilíbrio entre meio e fim, da justa medida quando há uma colisão de direitos (princípios). Segundo Alexy, a proporcionalidade em sentido estrito tem como objeto o equilíbrio entre o sacrifício de um princípio e a importância do cumprimento de outro em seu lugar, emanando a ideia de **ponderação**:

A ponderação é objeto do terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade, do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. (...). Ele é idêntico com uma regra que se pode denominar “lei da ponderação”. Ele diz: “Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. (ALEXY, 2005b, p. 339)

Resumidamente, pela proporcionalidade um meio é adequado se promover o fim; é necessário se for o menos gravoso entre os demais igualmente adequados e proporcional em sentido estrito se as vantagens que busca atingir superarem as desvantagens que acarreta. Nesses termos, a proporcionalidade pressupõe o equilíbrio entre medidas restritivas a direitos fundamentais e finalidades públicas em razão da existência de princípios colidentes diante de uma controvérsia concreta. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito dos atos legislativos e executivos passam a ser objeto de avaliação pelo Poder Judiciário em nome do controle dos excessos cometidos pelos demais Poderes.

Apesar da ampla constitucionalização dos princípios, a Carta Fundamental de 1988 não faz menção expressa à proporcionalidade ou à razoabilidade como instrumentos de proteção aos direitos fundamentais. Para justificar positivamente a

transposição da doutrina alemã para o Direito brasileiro, o STF passou então a aplicá-los como decorrência dos princípios do Estado de Direito e do devido processo legal³⁰.

Também nesse sentido, entende boa parte da doutrina³¹. Para Suzana de Toledo Barros (2000), o princípio da proporcionalidade e o Estado de Direito são ideias indissociáveis, pois os pressupostos jurídicos deste sempre se constituíram em meios de defesa dos direitos fundamentais. Segundo a autora, a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no Brasil advém, assim, do entendimento de que há uma autorização constitucional implícita para proteger os direitos fundamentais.

Há ainda outras posições sobre o seu fundamento constitucional. Paulo Bonavides (1998) entende que a proporcionalidade infere-se de outros princípios que lhe são afins, principalmente, o princípio da igualdade³². Enquanto Willis Santiago Guerra Filho (2005) reconhece que a proporcionalidade vigora na Constituição Federal de 1988 a partir do disposto no § 2º do art. 5º³³ (entendimento também compartilhado por Paulo Bonavides).

Já Virgílio Afonso da Silva critica a postura de buscar no texto constitucional um fundamento jurídico-positivo para justificar a aplicação da proporcionalidade no Direito brasileiro, pois, segundo o autor, “a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, **mas da própria estrutura dos direitos fundamentais**” (SILVA, 2002, p. 44, grifo do autor). Tal entendimento retira seu suporte teórico da teoria dos princípios alexyana (aplicação pelo método da ponderação). Se os direitos fundamentais são princípios no sentido defendido por Alexy, então são mandamentos

³⁰ “[...]. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. - O princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do *due process of law*” (STF, HC 99.832/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 17/11/2009, publicado no DJe em 31/08/2012).

³¹ Como Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Suzana Toledo de Barros.

³² “No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito” (BONAVIDES, 1998, p. 395).

³³ “A circunstância de ele [princípio da proporcionalidade] não estar previsto expressamente na Constituição de nosso país não impede que o reconheçamos em vigor também aqui, invocando o disposto no § 2º do art. 5º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)” (GUERRA FILHO, 2005, p. 265).

de otimização “e a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto” (SILVA, 2002, p. 45).

Essa discussão, entretanto, não ressoa significativamente na prática judiciária, que há muito incorporou a proporcionalidade e a razoabilidade como **princípios constitucionais implícitos**. As divergências em torno do reconhecimento constitucional também se dissipam em relevância, pois mesmo aqueles que defendem sua previsão implícita na Constituição Federal de 1988 adotam-na nos moldes desenhados pela doutrina alemã. Logo, seguindo a teoria dos princípios de Alexy ou reconhecendo a sua constitucionalização implícita, de uma forma ou de outra, todos concordam que a aplicação da proporcionalidade no Direito brasileiro deve recorrer à técnica da ponderação³⁴.

3.2. Princípios, postulados ou regras?

No Brasil, a proporcionalidade e a razoabilidade são amplamente concebidas como **princípios constitucionais implícitos** sem grandes reflexões terminológicas. A sua natureza principiológica é aceita sem provocar grandes controvérsias. Entretanto, essa aceitação acrítica pode revelar algumas incongruências no discurso jurídico.

A terminologia “princípio”, nesse caso, não segue a concepção alexyana de princípios (sujeitos à ponderação) em contraposição a regras (sujeitas à forma tudo-ou-nada), na medida em que a proporcionalidade (e também a razoabilidade) não entra em rota de colisão com os demais princípios, ao contrário, cumpre a função de atuar na resolução de conflitos entre eles.

Por isso que alguns doutrinadores defendem que na teoria de Alexy, a proporcionalidade deve ser classificada como regra. Nesse sentido, Wilson Steinmetz (2005) entende que a proporcionalidade é um mandamento definitivo aplicado na forma do tudo-ou-nada. Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 26) também tem posição semelhante quando assevera que “o chamado princípio da proporcionalidade não pode ser

³⁴ Vale ressaltar que Humberto Ávila posiciona-se contrário à ponderação de princípios nos termos delineados por Dworkin e Alexy, entretanto, ele não chega a afastar a técnica da ponderação em caso de conflito de interesses, defendendo, inclusive, uma ponderação em sentido amplo. A crítica, na verdade, volta-se à teoria alexyana dos princípios em contraposição a regras, mas não à ponderação em si.

considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações”.

Tal circunstância não impede que se adote a proporcionalidade como princípio de Direito, já que não existe, evidentemente, um único sentido jurídico de “princípio”, porém impede a adoção no sentido de princípio defendido por Alexy³⁵. Razão que leva Virgílio Afonso da Silva à seguinte observação:

Não é possível, todavia, fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em **princípio da proporcionalidade**, o termo “princípio” pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo “princípio”, não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraposto à regra jurídica. (SILVA, 2002, p. 27, grifo do autor).

No entender de Wilson Steinmetz (2005, p. 12, nota de rodapé) “há uma tendência no discurso jurídico de qualificar como ‘princípios’ normas que são havidas, por razões diversas (ora razões jurídicas, ora razões axiológicas, ora razões empíricas), como muito importantes no ou para o sistema jurídico”. Essa, segundo o autor, parece ser uma das razões plausíveis para que os juristas brasileiros considerem a proporcionalidade e a razoabilidade como princípios.

Mas essa questão terminológica é confusa, inclusive, em Alexy³⁶, que utiliza do termo “princípio da proporcionalidade”, embora não o enquadre na categoria oposta a das regras, quando defende a sua tese da ponderação, como é possível verificar nos trechos transcritos no tópico acima. O que só corrobora a plurivocidade desse termo.

Aqueles que consideram a proporcionalidade e a razoabilidade como princípios classificam-nos como **princípios de interpretação**. Nessa linha, Paulo Bonavides (1998, p. 387) averba que “uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais”, concluindo ainda que “na medida em que se possa tomar por método interpretativo, o princípio da

³⁵ Como já dito, Humberto Ávila é uma das vozes contrárias à teoria dos princípios e regras defendida por Alexy.

³⁶ “No direito constitucional alemão a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade consiste de três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito” (ALEXY, 2005b, p. 338).

proporcionalidade tem muito a ver com a tópica”, ressaltando, assim, a sua função de concretizar a justiça no caso concreto.

Para Ricardo Lobo Torres (2002), a ponderação (parte integrante da proporcionalidade) e a razoabilidade são princípios legitimadores de todos os outros princípios constitucionais em casos de colisão de interesses. Também aqui vale enfatizar a posição de Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (2005, p. 303) no sentido de que tais princípios funcionam como “a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”, a partir dos critérios da proporcionalidade idealizados pela doutrina alemã.

Assim, enquanto “princípios”, a proporcionalidade e razoabilidade norteiam a atividade do intérprete-julgador na aplicação de outros princípios, funcionando como ferramentas de ponderação em situações de colisão de interesses em jogo.

Noutra vertente, há quem defenda que a proporcionalidade e a razoabilidade são postulados de Direito³⁷. Nessa concepção (mais ampla), Humberto Ávila (2013) entende que a proporcionalidade e a razoabilidade prestam-se a estruturar a aplicação de outras normas (princípios ou regras), funcionando como instrumento de ajuste das disposições normativas sempre que necessário à solução de questões que surgem com a aplicação do Direito diante de uma situação concreta.

Também comunga desse entendimento o ex-ministro do STF, Eros Grau. Para ele (GRAU, 2011), a proporcionalidade e a razoabilidade atuam como corretivo à inadequação de enunciados gerais a determinados casos concretos, fazendo prevalecer a ideia de Direito equânime (razoável e proporcional) que reclama que a norma jurídica ajuste-se a situações concretas que fogem ao “padrão” normativamente previsto. Na condição de postulados de Direito, a proporcionalidade e a razoabilidade funcionariam como um “corretivo” de justiça ajustando a aplicação de regras e princípios.

³⁷ “Os postulados diferenciam-se das normas cuja aplicação estruturam em várias perspectivas: quanto ao nível (os postulados situam-se no metanível ou no segundo nível, e as normas objeto de aplicação situam-se no nível objeto ou no primeiro nível), quanto ao objeto (os postulados indicam a estrutura de aplicação de outras normas, e as normas descrevem comportamentos, se forem regras, ou instituem a promoção dos fins, se forem princípios) e quanto ao destinatário (os postulados dirigem-se aos aplicadores, e as normas a quem deve obedecer a elas)” (ÁVILA, 2012, p. 202).

A crítica que se faz a essa teoria dos postulados diz respeito ao amplo âmbito de atuação da proporcionalidade e da razoabilidade como ferramentas de interpretação de regras e princípios, conferindo liberdade em demasia ao julgador de invocá-los sempre que julgar necessário “ajustar” enunciados jurídicos a casos concretos e permitindo, assim, a sua utilização indiscriminada nas mais diversas situações. Para evitar o uso “irracional” da proporcionalidade e razoabilidade, Humberto Ávila procura conciliar a tese dos postulados com o seu controle a partir da estrutura da proporcionalidade desenvolvida pelos alemães (observância à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Embora a doutrina relacione argumentos plausíveis nos três sentidos (enquanto princípio, postulado ou regra), todos parecem concordar que a proporcionalidade funciona como parâmetro metodológico para aplicação de normas jurídicas em caso de direitos conflitantes, devendo observar os critérios (subprincípios ou sub-regras, como queira) da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conforme preceitua a doutrina constitucional alemã, funcionando, portanto, como **ferramentas de ponderação**.

Até por coerência metodológica, seria impensável transportar o conceito jurídico de proporcionalidade (ou razoabilidade) fechando os olhos para o fundamento teórico que lhe dá suporte. Daí porque essa discussão metodológica não parece produzir efeitos práticos na justificação e controle do discurso jurídico calcado no uso da proporcionalidade e razoabilidade como **ferramenta decisória**³⁸.

A exigência de uma ponderação de interesses em conflito, [...], requer do legislador uma tarefa de **concordância prática** entre os direitos em jogo, de maneira a impedir o sacrifício de um em relação ao outro. Nesse delicado procedimento, o **princípio da proporcionalidade** funciona como parâmetro técnico: por meio dele verifica-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes. Afinal, o que se busca é a garantia aos indivíduos de uma esfera composta por alguns direitos, tidos por fundamentais, que não possam ser menosprezados a qualquer título. (BARROS, 2000, p. 28, grifo do autor).

³⁸ Nesse sentido, entende Wilson Steinmetz (2005, nota de rodapé).

Em sendo princípios, postulados ou regras, a proporcionalidade e a razoabilidade atuam como parâmetros técnicos para possibilitar o decidir conforme o contexto da controvérsia posta.

Por questões didáticas, serão adotados os termos “princípio da proporcionalidade” e “princípio da razoabilidade” por sê-los majoritariamente utilizados pela doutrina e jurisprudência brasileira, não se verificando razões significativas para assim não o fazer. Valendo salientar que a adoção desses parâmetros metodológicos como princípios torna o discurso jurídico incongruente quando invocados como mera estratégia discursiva desacompanhada das justificativas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

3.3. A falácia da solução para todos os problemas judicializados

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, na condição de **instrumentos de ponderação**, vêm sendo utilizados, na prática judiciária brasileira, para validar a superação dos sentidos normativos dos enunciados constitucionais e legais. Como há mais de uma década acusou Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 32, grifo do autor) “em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘**à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade**, o ato deve ser considerado inconstitucional””, citando vários precedentes jurisprudenciais nessa linha. Essa crítica à utilização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como estratégia discursiva é praticamente unânime na doutrina³⁹, dispensando, na atual conjuntura, referências empíricas a julgados. Entretanto, os Tribunais brasileiros parecem silentes (ou acomodados) ante a problemática que pode levar à legitimação da tomada de decisão em qualquer sentido.

Na sua **teoria do discurso racional**, Alexy (2005) defende a substituição do modelo de subsunção pelo modelo da ponderação, introduzindo a ideia de **regra de ponderação** através da qual cabe ao intérprete-julgador a determinação do peso das formas de argumentos na tomada da decisão. As formas de argumentação e regras de

³⁹ Nesse sentido: Eros Grau, Humberto Ávila, Luís Roberto Barroso, Ana Paula Barcellos, Virgílio Afonso da Silva, Willis Santiago Guerra Filho, Wilson Steinmetz, Lênio Streck.

justificação, também nomeadas pelo jurista de cânones do discurso jurídico, são as seguintes: a interpretação da lei, o argumento dogmático, o uso de precedentes, os argumentos da prática geral (regras da razão), argumentos empíricos e formas especiais de argumentos jurídicos (*argumentum a contrario*, *argumentum a fortiori* e *argumentum ad absurdum*).

Alguns têm maior peso que outros, mas qualquer um deles pode ser utilizado na fundamentação da decisão judicial, **o que irá diferenciar é o peso da carga da argumentação**. Um argumento dogmático tem mais peso do que um argumento da prática geral, contudo, uma decisão consistentemente fundamentada com base num argumento dessa ordem poderá ser igualmente válida quando compatível com o ordenamento jurídico. Na sua teoria, Alexy acaba admitindo que uma controvérsia pode fornecer diversas de soluções corretas a depender da **racionalidade da argumentação jurídica** determinada pela legislação.

O doutrinador alemão aprofunda a noção de “ponderação” quando discute a questão dos **princípios colidentes**. Segundo Alexy (2005b), o ponderar passa pelo reconhecimento do princípio colidente, em seguida pela justificação quanto à importância do cumprimento do princípio em sentido contrário e por fim a demonstração de que naquele caso o cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro. De acordo com a regra da ponderação, a solução do conflito entre princípios só é possível no caso concreto, ficando a cargo do julgador o peso a ser dado aos princípios envolvidos em cada situação.

Fica evidente que os passos da ponderação estruturados por Alexy não permite saber como é efetivamente realizada essa “ponderação” pelo julgador, permitindo apenas o conhecimento dos argumentos que a sustentam. Conforme, outrora, enfatizou Luís Roberto Barroso (2004, p. 115) “a estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas”. Como ressaltou o jurista, hoje Ministro do STF, “balanceamento” e “sopesamento” são noções vagas que implicam um juízo de valor principalmente quando o objeto de ponderação são interesses, direitos ou normas, pois só é possível dizer o que é proporcional ou

razoável num contexto concreto. A subjetividade é inevitável, sendo forçoso concluir que a ponderação é resultado de valorações feitas pelo julgador diante da complexidade apresentada no caso concreto.

O autor da teoria do discurso racional rechaça que o uso da ponderação venha a permitir ao julgador decidir livremente, com base no entendimento de que as pessoas competentes para decidir partem de razões racionais “porque argumentos são a expressão pública da reflexão” (ALEXY, 2005b, p. 344). Ele também fundamenta sua posição no princípio da universalidade:

O fato de delegar a decisão à razão daqueles que argumentam não significa que a determinação da relação entre os cânones esteja sempre aberta e deva efetuar-se de novo em cada caso. As determinações de peso aferidas pelos participantes no discurso nos diferentes contextos de interpretação valem, porque devem ser obtidas a partir de razões, não só para o caso discutido, mas para todos os casos iguais nos aspectos relevantes. O princípio da universalidade, como princípio básico da teoria do discurso, exige que a relação entre as formas de argumentos estabelecida segundo regras seja fundamentável racionalmente. (ALEXY, 2005, p. 243).

A problemática que se contrapõe a esse raciocínio reside no perigo de conferir ampla discricionariedade ao julgador na tomada de decisão. Seja porque as razões ponderadas em determinado caso (precedente) podem ser superadas em casos semelhantes a partir da eleição de aspectos relevantes para diferenciá-los (*overruling*), hipótese não descartada por Alexy. Seja porque o controle da racionalidade do discurso jurídico construído a partir da ponderação dos argumentos possíveis é feito pelos Tribunais e o conceito de “racionalidade” (no sentido de “proporcional” e “razoável”) é abstrato e valorativo.

Dizer que a fundamentação é racional implica um juízo de valor verificável apenas concretamente e sujeito à controvérsia, pois, como o próprio Alexy (2005b, p. 343) afirma “juízos sobre proporcionalidade fazem, como todos os juízos, uma pretensão de correção, e essa pretensão funda-se em juízos sobre graus de intensidade como fundamentos”. Estando a racionalidade do discurso calcada em juízos valorativos do julgador acerca do caso concreto não há como afastar a possibilidade de juízos “irracionais” serem legitimados. Assim, **a linha divisória entre o “discurso racional” e o “discurso arbitrário” é bastante tênue.**

Contra-pondo-se à teoria da ponderação, Habermas (*apud* ALEXY, 2005, p. 338) defende que “com a construção da ponderação, o direito é retirado do âmbito do válido e inválido, do correto e falso e do fundamental e transplantado em um âmbito, que é definido por ideias como a de uma conveniência maior e menor e por conceitos como o do poder discricionário”. Alexy (2005) refuta esse entendimento alegando que o “ponderar” não tem identidade com arbitrariedades, mas sim com argumentos robustos, traçando um passo a passo a ser seguido pelo Poder Judiciário no uso da ponderação que são justamente as justificações quanto à incidência dos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito que compõe o princípio da proporcionalidade.

A questão que se coloca é: num sistema jurídico orientado por interesses e direitos conflitantes não é possível construir argumentos razoáveis em qualquer sentido? Segundo o próprio Alexy (2005^a, p. 266) “com frequência resta uma considerável margem do discursivamente possível”, embora ressalte que soluções mutáveis e incompatíveis entre si ferem a exigência da consistência do discurso e o princípio da universalidade.

Desbordando a regra da ponderação, atrelada à colisão de princípios, os princípios de proporcionalidade e razoabilidade ganharam ampla extensão de sentido no Brasil, passando a direcionar também outros direitos além dos direitos fundamentais e foram, paulatinamente, sendo utilizados como “mecanismos de ponderação” das normas jurídicas (regras e princípios) para afastar qualquer situação considerada abusiva, a despeito da fundamentação metodológica que lhe dá suporte. Como observa Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 32) “a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático”.

O autor justifica essa conclusão esclarecendo que tal alusão não respeita, na maioria das vezes, o processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato tido por abusivo, sendo aplicado de forma silogística: a Constituição consagra a proporcionalidade (premissa maior), o ato questionado não respeita a essa exigência (premissa menor), logo o ato questionado é inconstitucional (conclusão) (SILVA, 2002).

A aplicação do princípio da proporcionalidade, nessas circunstâncias, fundamenta-se em premissas duvidosas (quais são as razões que fazem do ato inadequado, desnecessário e desproporcional em sentido estrito?) que ofuscam a problematização da controvérsia, servindo como uma falaciosa “solução para todos os problemas judicializados”.

Essa aplicação às avessas do princípio da proporcionalidade pelos Tribunais brasileiros, como já enfatizado, vem sendo há algum tempo denunciada pela doutrina como um estado de abissal insegurança no processo de concretização do Direito pátrio. Eis o que acusa Eros Grau:

Ocorre, no entanto, que o STF e os juízes, todos eles, passaram a exercer não apenas o controle da **constitucionalidade**, mas também o controle da **razoabilidade** das leis. Todos, ministros do STF e juízes de qualquer instância, acham-se no direito de decidir se determinada lei é, ou não, **razoável**. O que então prevalece, em cada decisão, é a preferência do julgador.

[...].

O que então prevalece na decisão judicial já não é a Constituição, porém a **preferência**, o **valor** que cada juiz adote, subjetivamente, como critério de aferição da **razoabilidade** ou **proporcionalidade** de cada lei. Em outros termos, o juiz avalia não a sua constitucionalidade, mas se a lei é boa (razoável) ou má (irrazoável), segundo suas preferências pessoais.

Habermas está bem atento a esse risco ao afirmar que, enquanto uma corte constitucional adotar a teoria da ordem de valores e nela fundamentar sua *praxis* decisória, o perigo de juízos irracionais aumenta, porque os argumentos funcionalistas ganham prevalência sobre os normativos. (GRAU, 2011, p. 341-342, grifo do autor).

Antes de assumir o cargo de Ministro do STF, Luís Roberto Barroso chegou a fazer a seguinte crítica à técnica da ponderação:

A metáfora da ponderação, associada ao próprio símbolo da justiça, não é imune a críticas, sujeita-se ao mau uso e **não é remédio para todas as situações**. [...] É bem de ver, no entanto, que a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores de uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita. No seu limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto.

O risco de tal disfunção, todavia, não a desmerece como técnica de decisão, nem priva a doutrina da possibilidade de buscar parâmetros melhor definidos para a sua aplicação. No estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar à ampla discricionariedade judicial. Tal discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução

em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer (BARROSO, 2005, p. 290-291, grifo nosso).

Já na posição de Ministro do STF, é possível perceber uma postura mais “flexível” quanto à legitimação do uso da ponderação e do princípio da proporcionalidade pelos Tribunais, chegando a defender que situações de ambiguidade da linguagem, desacordo moral e colisões de normas recaem na categoria dos casos difíceis (*hard cases*) e autorizam uma solução construída argumentativamente (BARROSO, 2014). Barroso passa a enfatizar a natural influência de fatores extrajurídicos, como a política, no Direito, defendendo que nos casos envolvendo direitos fundamentais e procedimentos democráticos o Poder Judiciário “não” precisaria acatar a norma escrita.

Nas demais situações – isto é, [só] quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos –, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política. (BARROSO, 2014, p. 290-291).

Mas quais são as causas que, mesmo de forma oblíqua, não envolvem direitos fundamentais se as normas jurídicas (regras e princípios) trazem em si, direta ou indiretamente, prescrição de conduta e valor? Os discursos do jurista e do julgador parecem divergir.

Não bastassem as críticas à técnica da ponderação, no modelo brasileiro, a problemática agrava-se ainda mais com o uso da proporcionalidade e da razoabilidade como ferramentas de decisão para todos os casos e sem a devida demonstração do atendimento aos critérios metodológicos que lhe dão suporte. Não se pode olvidar que o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se a partir de decisões, proferidas pela Corte Constitucional alemã, fundamentadas nos critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, logo a transposição do conceito para a realidade brasileira não pode ser simplesmente legitimada num “vácuo” jurídico a critério de juízos pessoais de proporcionalidade e razoabilidade.

Faz-se necessário ainda pontuar que Alexy tem posição contrária à utilização dos princípios como fundamento direto da decisão judicial:

Por princípios deve-se entender aqui proposições normativas de um alto nível de generalidade como: “deve-se respeitar a dignidade humana”, “devem-se tratar igualmente os iguais” e “cada um deve responder pelas deficiências em seus círculos comerciais”. Devido ao seu alto grau de generalidade, estas proposições não são utilizáveis diretamente para fundamentar uma decisão. São necessárias premissas normativas adicionais. (ALEXY, 2005, p. 238).

Se, de um lado, a ponderação visa à justiça no caso concreto; do outro, traz a insegurança de atribuir ao juiz a competência de ultrapassar comandos normativos, sob o argumento valorativo da proporcionalidade e razoabilidade, fragilizando o sistema jurídico (e até paradoxalmente causando injustiças).

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade antes de serem vistos como “solução para todos os problemas” não autorizam o julgador a ultrapassar os sentidos normativos dos enunciados jurídicos constitucionais e legais⁴⁰.

⁴⁰ Humberto Ávila (2013, p. 129) propõe que fundamentações judiciais com base em ponderação de princípios devem seguir os seguintes critérios: “(i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados”.

4. CONCEITOS JURÍDICOS VAGOS E INDETERMINADOS: A OSCILAÇÃO DOS SENTIDOS

4.1 O conceito do conceito e o grau de indeterminação

O conceito não reproduz a realidade e sua complexidade fenomênica, no entanto, é um meio de alcançar o conhecimento a partir de formas redutíveis e seletivas do real. Logo, todas as expressões da realidade são, a princípio, passíveis de conceituação⁴¹ (VILANOVA, 2003). O objeto conceitual será a parcela selecionada da realidade sobre a qual será arbitrado um ponto de vista dentro desse “esquema” redutor. E como a realidade (objeto conceitual) é dinâmica, os conceitos estão sujeitos à variação de conteúdo no tempo e no espaço, sendo, portanto, móveis. Não se perca de vista que essa simplificação do real a formas conceituais só é possível porque o conceito não representa o dado bruto, a coisa. O conceito, em sendo uma forma de classificação linguística que visa facilitar o acesso ao conhecimento, tem por finalidade significar abstratamente o dado bruto, a coisa. Dito de outro modo, **os conceitos são sempre entes ideais** (VILANOVA, 2003).

No caso dos conceitos jurídicos, essa redução simplificada e seletiva da realidade (e muitas vezes arbitrária, como ocorre com o conceito jurídico de “filho” que extravaza o conceito de filiação sob o ponto de vista biológico) subsidia enunciados jurídicos abstratos a serem concretizados, passando da realidade para o conceito e do conceito para a realidade num caso concreto. Esse percurso realidade-conceito-realidade não ocorre de forma automática, dependendo necessariamente de complementação, na medida em que o caso concreto será sempre mais complexo do que a realidade seletiva e redutiva do conceito:

O conceito traduz, por definição, uma redução simplificada da realidade sobre a qual ele foi confeccionado; pretender passar do conceito para a realidade, sempre mais rica, além de traduzir uma inversão metodológica, implicaria, de modo necessário, o complemento do conceito com elementos estranhos às

⁴¹Lourival Vilanova (2003) enfatiza que todas as categorias da objetividade são abertas à conceituação. Assim, expressões objetivas não empíricas, a exemplo das fórmulas matemáticas, também são abertas a formas conceituais.

proposições conceitualizadas e, como tal, estranhos à fundamentação e à demonstração. (MENEZES CORDEIRO, 2002, p. CIII).

A tendência do jurista de estabelecer conceitos fixos e aplicá-los diretamente a situações concretas não passa de um método falho de obter “segurança”, pois essa passagem do enunciado abstrato, formado por conceitos jurídicos, para o caso concreto sofre indiscutivelmente a influência do contexto no qual se apresenta a controvérsia e de outros fatores externos (ideológicos, valorativos, culturais, etc.) inerentes ao processo interpretativo realizado pelo julgador durante a concretização do Direito. Ademais, os conceitos jurídicos acompanham, assim como o Direito, as transformações sociais, logo são mais passíveis à mutabilidade do que os conceitos oriundos das ciências exatas (a exemplo do conceito jurídico de “filho” acima citado).

A sua vez, a textura aberta da linguagem jurídica também permeia os conceitos jurídicos, tornando-os predominantemente indeterminados. Algumas raras exceções são apontadas pela doutrina⁴² como conceitos jurídicos determinados, entre os quais é possível citar os conceitos expressos em números, cuja exatidão é característica da linguagem matemática, a exemplo dos prazos processuais fixados em unidades de tempo (dias, horas) e ainda a maioridade penal (adulto acima de 18 anos). Ainda assim, a absoluta determinação de tais conceitos é questionável. Seria a estipulação de um prazo processual um conceito jurídico ou uma mera regra procedimental? O conceito de “inimputável” é absolutamente preciso para fins da conceituação da maioridade penal? Ainda que se entenda que sim, esses poucos exemplos seriam suficientes à classificação dos conceitos jurídicos em determinados e indeterminados? Acredita-se que não.

Entretanto, tal classificação distintiva continua sendo adotada pela ciência jurídica que, para ultrapassar a indeterminação inerente aos conceitos jurídicos em geral, convencionou classificar como conceitos indeterminados aqueles com **um grau de indeterminação mais elevado**⁴³.

⁴² Nesse sentido, Engisch (1996) e Larenz (1997).

⁴³ Embora a comunidade jurídica trate como pacífica a existência de conceitos jurídicos indeterminados, vale destacar que há vozes de escol questionando a ausência de discussão em torno do tema. Eros Grau (2011, p. 199-200) critica severamente a ideia de “conceito” indeterminado, defendendo que, na verdade, a indeterminação recai sobre a “noção” jurídica que, a seu ver, com arrimo em lições de Jean-Paul Sartre, deve ser entendida como a “*ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas*” (grifo do autor). Dessa forma, defende que a

No âmbito da metodologia jurídica, em meados do século XX, Karl Engisch distinguiu nos conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, nos conceitos com um grau de indeterminação mais elevado, um “núcleo” e um “halo”. Segundo o jurista alemão, quando se tem uma noção “clara” do conteúdo e da extensão do conceito está-se no domínio do núcleo conceitual; quando surgem as dúvidas, ingressa-se no halo do conceito (na zona cinzenta). Tal distinção, para o autor, serve à evidência de que a “indeterminação” conceitual não é absoluta. Haveria um sentido mínimo cognoscível muitas vezes perceptível ou socialmente convencionado, como nos casos de “escuridão”, “ruído”, “perigo”, etc. (ENGISCH, 1996).

Essa distinção feita por Engisch entre a existência de um “núcleo” e um “halo” nos conceitos jurídicos também foi objeto de abordagem por Hart a partir da identificação de um “núcleo significativo” e uma “região de penumbra” nos termos e regras jurídicas. Segundo Hart (1994), em certos casos a regra não apresenta dúvidas quanto à sua aplicabilidade, o núcleo significativo é facilmente identificado e a regra é aplicada a situações concretas sem dificuldades; em outros, a aplicação da regra não é clara, ingressando-se numa região de penumbra e exigindo do intérprete-julgador uma maior atuação diante das circunstâncias do caso concreto.

Fazendo referência à teoria wittgensteiniana dos jogos de linguagem, Humberto Ávila (2013, p. 35) defende que há sentidos preexistentes que resultam de estereótipos já existentes na comunicação linguística, logo “afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”. Dessa forma, haveria um **significado mínimo conceitual** o qual o intérprete não poderia ignorar, embora o espaço de “penumbra” ou “halo” conceitual deva ser preenchido diante do uso, ou melhor, do contexto do caso concreto.

Essa concepção de um significado mínimo conceitual é válida quando se entende sê-lo suscetível a mutações acompanhando as transformações sociais em

ideia de “noção” é temporal ao desenvolvimento das coisas e, portanto, passível de interpretação. A par dessa discussão metodológica, se a indeterminação provém do “conceito” ou da “noção”, o jurista concorda com a necessidade do intérprete preencher essa abertura contida na linguagem jurídica.

cada tempo (o núcleo significativo do conceito de família, por exemplo, já passou por várias alterações ao longo da história).

Engisch categoriza ainda os conceitos jurídicos indeterminados em descritivos e normativos, ambos vinculados ao sistema jurídico. De acordo com as suas lições, os conceitos jurídicos indeterminados descritivos são aqueles que relatam objetos perceptíveis ou percepçionáveis pelos sentidos, como “morte”, “escuridão”, “ruído”. Já os conceitos jurídicos indeterminados normativos precisam de uma **avaliação caso a caso** para serem aplicados, a exemplo dos conceitos de “indigno”, “vil”, “imoral” (ENGISCH, 1996). Partindo dessa classificação, é possível apontar mais um elemento distintivo. Enquanto os conceitos jurídicos descritivos são construtos sociais que, uma vez regulados pelo Direito, ganham conotações jurídicas próprias; os conceitos jurídicos normativos são construtos do Direito, ainda que façam remissão a noções extrajurídicas (ética, moral, social, etc.).

Sem dúvidas, essa é uma questão terminológica suscetível de divergência, aliás, há outras propostas de distinção entre conceitos jurídicos descritivos e normativos⁴⁴. Contudo, tal classificação é válida para distinguir os conceitos jurídicos indeterminados com referências valorativas⁴⁵ daqueles outros (conceitos de experiência) que, embora indeterminados, sua definição é passível de redução a conotações descritivas. Assim, a classificação jurídica entre conceitos determinados e indeterminados serve, na verdade, para dar ênfase àqueles conceitos com um grau de indeterminação mais elevado cujo preenchimento depende de uma maior atuação do intérprete-julgador.

Tomando como parâmetro essa classificação, nem todo conceito jurídico indeterminado é normativo, ainda que o texto legal faça a ele referência expressa.

⁴⁴ Em registro a uma posição divergente a de Engisch, Menezes Cordeiro (2001) entende que o conceito descritivo, como qualquer outro conceito indeterminado, não dispensa a atuação constitutiva do juiz. O jurista português ainda cita, sem aprofundar, as propostas de distinção entre conceitos descritivos e normativos formuladas por M. Herberger e Hans Jürgen Garstka.

⁴⁵ Anote-se que os conceitos discricionários vinculados à Administração Pública, no exercício dos juízos de conveniência e oportunidade, a exemplo do conceito de “interesse público”, também carecem de preenchimento valorativo. Entretanto, no âmbito do direito administrativo, a discricionariedade ganha contornos específicos. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 952, grifo do autor) “fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma *certa esfera de liberdade*, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei”. Essa margem de “liberdade” conferida ao *administrador* encontra limites na própria lei que a prevê, no ordenamento jurídico sistemicamente interpretado e está passível de controle judicial quanto aos motivos, a finalidade e a causa do ato administrativo. Como o presente estudo debruça-se sobre o discurso jurídico amparado em conceitos que conferem espaço livre de avaliação ao juiz (e não ao administrador), foge ao escopo do mesmo tratar daqueles conceitos discricionários vinculados à Administração Pública, todavia, a ressalva não poderia deixar de ser feita.

Porém, quando normativo, manifesta-se indeterminado num grau mais elevado, na medida em que está aberto à valoração caso a caso, levando em conta a complexidade da controvérsia individual e concreta. Dessa forma, a **ponderação** também se aplica na definição de conceitos indeterminados que, como os princípios, ainda que seja possível identificar um núcleo significativo, são definidos apenas em concreto.

Assim como acontece com os conceitos com alto grau de indeterminação, as cláusulas gerais também oportunizam ao julgador uma janela de livre atuação. Não há na doutrina um consenso em torno do seu conceito, contudo é ponto comum que as cláusulas gerais atingem um número muito elevado de situações (MENEZES CORDEIRO, 2001). Para English (1996 p. 233) “o verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica”. Se a linguagem jurídica, nos textos legais já se manifesta de forma geral e abstrata, a generalização aqui é ainda maior.

Pela sua extensão e generalidade, as cláusulas gerais frequentemente remetem a conceitos indeterminados carentes de valoração, a exemplo das cláusulas de “boa-fé”, “bons costumes”, “função social do contrato”, como averba Claus-Wilhelm Canaris:

É característico para a cláusula geral o ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, o ela não dar os critérios necessários para a sua concretização, podendo-se estes, fundamentalmente, determinar **apenas com a consideração do caso concreto respectivo**. (CANARIS, 2002, p. 142, grifo do autor).

As cláusulas gerais costumam ainda fazer referência a padrões jurídicos (*standards*) que remetem à noção generalizada que se tem dos comportamentos típicos, normais, socialmente esperados (o senso comum). Como nos exemplos já citados da “boa-fé” e “bons costumes”.

A alusão a conceitos vagos, indeterminados e cláusulas gerais, todos abertos à valoração, por vezes, é resultado de uma escolha feita pelo legislador para propiciar uma margem livre de apreciação ao intérprete-julgador na hora de decidir o caso

concreto, na medida em que uma controvérsia só pode ser justamente decidida levando em conta os seus contornos individuais:

De fato, a técnica legislativa, ao longo do século XX, passou a utilizar-se, crescentemente, de **cláusulas gerais ou conceitos indeterminados**, como dano moral, justa indenização, ordem pública, melhor interesse do menor, boa-fé. Por essa fórmula, o ordenamento jurídico passou a transferir parte da competência decisória do legislador para o intérprete. A lei fornece parâmetros, mas somente à luz do caso concreto, dos elementos subjetivos e objetivos a ele relacionados, tal como apreendidos pelo aplicador do direito, será possível a determinação da vontade do legislador. O juiz, portanto, passou a exercer uma função claramente integradora da norma, complementando-a com sua própria valoração. (BARROSO, 2004, p. 108).

Contudo, não se pode olvidar que a língua propicia suas próprias aberturas independentemente da intenção do legislador⁴⁶, logo, regras tidas como “claras” podem, na problemática do caso concreto, revelar-se “obscuras” (vale lembrar a simples regra que proíbe a entrada de veículos no parque, citada por Hart). Como enfatiza Castanheira Neves (2003, p. 18-19, grifo do autor) “um termo ou expressão linguística é claro ou não claro, determinado ou indeterminado sempre **para alguém**, numa certa situação e em ordem a um certo objetivo de compreensão”. Para o destinatário concreto o potencial do sentido do termo ou regra é apenas provisório, pois, para ele, o sentido se dará na problemática que lhe está diante, concretamente.

Além dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, frequentemente veiculados através de regras jurídicas⁴⁷, os princípios, como já enfrentado, apresentam-se também indeterminados e abertos à valoração, com seus sentidos construídos na especificidade do caso concreto, a despeito de a Constituição, traçar-lhes balizas⁴⁸.

Partindo da classificação metodológica de conceitos jurídicos indeterminados normativos, abertos à valoração caso a caso e, portanto, com um grau de indeterminação mais elevado, é possível inserir os conceitos de “proporcionalidade” e “razoabilidade”, abordados no tópico anterior, nesse rol. Tal conclusão não colide com o

⁴⁶ Como defende Karl Larenz (1997); Karl Engisch (1996). Já para Hans Kelsen (1991) a indeterminação “pode” estar na intenção do legislador, mas não necessariamente.

⁴⁷ O sistema jurídico não impede a veiculação de conceitos indeterminados e cláusulas gerais mediante normas principiológicas, embora, nesse caso, se verifique uma inevitável confusão conceitual, a exemplo do caso da “boa-fé”: é princípio, conceito indeterminado ou cláusula geral? Há posição doutrinária em todos os sentidos!

⁴⁸ Fugindo à regra da indeterminação, alguns princípios de direito tributário podem ser considerados determinados (ou indeterminados num grau mínimo), como o princípio da legalidade (art. 150, I, da CF/88) e o princípio da anterioridade (art. 150, III, “b” e “c”, da CF/88), conduzindo à discussão se seriam princípios ou regras constitucionais.

enquadramento jurídico da “proporcionalidade” e “razoabilidade” como regra, princípio ou postulado (todos, ferramentas de ponderação). Um princípio pode ser considerado indeterminado sem comprometer-lhe a sua natureza principiológica. Isso porque a indeterminação aqui tratada está atrelada à necessidade de uma valoração adicional pelo julgador, já que sua definição só se torna viável a partir da análise do caso concreto.

A conceituação de “proporcionalidade” e “razoabilidade” apresentada pela doutrina não lhe retira a sua indeterminação seja porque toda expressão da realidade é passível de classificação, como já visto; seja porque a própria conceituação desses princípios também é vaga, dependendo em todo caso da análise de um contexto. Não é possível determinar com precisão o que é proporcional ou razoável fora de uma situação contextual. A proposição “a penalidade foi fixada de forma proporcional e razoável” não fornece ao receptor as noções do que venha a ser proporcional e razoável.

Para o presente estudo, o “grau de indeterminação” permite constatar que, independentemente dos contornos conceituais fornecidos pela metodologia jurídica ou do papel que desempenhe no sistema jurídico (princípios, postulados, cláusulas gerais ou conceitos indeterminados) os sentidos dos conceitos abertos à valoração só são concretamente obtidos diante das especificidades do caso particularizado, ainda que se constate um significado mínimo preestabelecido.

Essa “abertura”, como já enfatizado, torna o sistema móvel, flexível e adaptável às transformações sociais, funcionando como instrumento de atualização do Direito e permitindo que o julgador adote um sentido normativo contemporâneo às mudanças sociais que o Direito não consegue acompanhar em tempo real. Mas, do outro lado, pode acarretar uma perigosa janela à prática de arbítrios na hora de decidir, já que, diante da proibição do *non liquet*, o julgador deverá encontrar para todos os casos uma solução adequada, ainda que se depare com conceitos jurídicos com alto grau de indeterminação.

4.2 A atividade criativa do juiz e o espaço livre para preenchimentos de valoração: Há limites para a oscilação dos sentidos?

A evolução do pensamento jurídico alçou o papel do juiz de mero executor de uma operação lógico-dedutiva a realizador do Direito. Atualmente, a noção tradicional de aplicação do Direito (atividade judiciária) é melhor traduzida como “realização”, “concretização” e “criação” do Direito. Deixou de ser controversa a constatação de que o juiz desempenha uma atividade criativa (*law in action*), resultado de um processo interpretativo dos fatos, provas e das normas incidentes na controvérsia que lhe é posta a decidir.

Como observa Castanheira Neves (2003, p. 29), “não é a falta de clareza (linguístico-hermenêutico-exegética) das leis que justifica a interpretação, é a problemático-concreta realização normativa do direito que a não pode nunca dispensar”. A interpretação da lei dá lugar à interpretação do Direito na sua dimensão concreta. E a problemática que se impõe ao pensamento jurídico hodierno não está mais na correta compreensão do texto legal em sua dimensão abstrata, mas sim no justo sentido jurídico da norma no caso concreto.

Segundo Larenz (1997, p. 282) “interpretar é uma atividade de mediação pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto que se lhe tinha deparado como problemático”. Explica o jurista alemão que a partir dessa atividade de mediação o intérprete chega a diferentes sentidos possíveis para então, após uma incursão acerca das pistas relevantes à busca do sentido textual, selecionar aquele que lhe parece “correto”, chegando à conclusão de que “interpretar um texto quer dizer, portanto, decidir-se por uma entre muitas possíveis interpretações, com base em considerações que fazem parecer tal interpretação como a ‘correta’” (LARENZ, 1997, p. 283).

Comungando desse entendimento, Luís Roberto Barroso afirma que:

Do ponto de vista da teoria jurídica, tem escassa adesão, nos dias que correm, a crença de que as normas jurídicas tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. Há praticamente consenso, na doutrina contemporânea, de que

a interpretação e aplicação do Direito envolvem elementos cognitivos e volitivos. (BARROSO, 2014, p. 21).

Essa possibilidade de decidir por um sentido entre múltiplos possíveis é inerente à forma de enxergar a “realidade”. E sendo essa escolha do sentido “correto” entre tantos possíveis um ato de vontade do intérprete-aplicador, torna o texto legal suscetível à adequação a situações concretas, já que a interpretação (prática) do Direito ocorre na dimensão da problemática do caso concreto.

Assim, o contexto no qual se insere o caso a ser decidido será determinante na escolha do sentido normativo “correto” nesse processo interpretativo. Como observou Perelman (2004, p. 164/165) “a questão do sentido das palavras deixa de ser um problema teórico, com uma única solução [...], mas torna-se um problema prático, o de encontrar, ou elaborar se for o caso, o sentido mais bem adaptado à solução concreta que se preconiza por uma ou outra razão”.

Interpretação e aplicação são, portanto, inseparáveis, na medida em que interpretar é conhecer e decidir (MENEZES CORDEIRO, 2002). O juiz na condição do autêntico intérprete do Direito, como já alertava Kelsen⁴⁹, exerce uma atividade criativa do Direito buscando soluções para questões concretas e atuais, sendo falacioso dissociar a compreensão da problemática posta no caso concreto da interpretação das normas jurídicas incidentes⁵⁰. O Direito passa então a ser enxergado através das lentes do conflito individualizado.

Entender que a interpretação do Direito guia-se pela problemática do caso concreto não legitima o intérprete-julgador a desvincular-se dos enunciados jurídicos, pois só será válido o sentido normativo que, partindo do texto, encontre pertinência na ordem posta. Daí porque, atualmente, “pensamentos sistemático e problemático deixam de ser opostos exclusivistas para serem entendidos como partes integrantes do processo de realização do direito” (GOUVEIA, 2000, p. 102).

No atual caminhar, já não é mais aceitável negar que o juiz cria o Direito a partir de um processo interpretativo que visa à solução (a seu ver, correta) da controvérsia

⁴⁹ “Da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não ser autêntica, isto é, pelo fato de não criar Direito” (KELSEN, 1991, p. 370).

⁵⁰ “Interpretamos para aplicar o direito; e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) os fatos” (GRAU, 2011, P.278).

que lhe é apresentada. E essa atividade criativa do juiz, que implica na busca pelo justo sentido normativo dos enunciados jurídicos entre os múltiplos possíveis, confere-lhe, por óbvio, espaços livres de atuação, inexistindo uma única solução correta, mas várias soluções validadas pelo sistema jurídico e “justas” sob a ótica daqueles que realizam o Direito cotidianamente. O que irá variar é a **intensidade da intervenção do magistrado** de acordo com o grau de indeterminação dos enunciados jurídicos.

Como afirma Müller:

Quanto mais precisa e mais abrangentemente o texto normativo apreender sob o aspecto conceitual tanto o âmbito normativo como também a ideia(s) normativa(s) fundamentais da disposição, tanto mais fortemente a concretização metódica poderá apoiar-se no texto. (MÜLLER, 2011, p. 194/195).

O espaço de livre atuação conferido ao intérprete-julgador será tanto mais denso quanto maior for a alusão a conceitos com alto grau de indeterminação (“boa-fé”, “razoabilidade”, “proporcionalidade”, “dignidade”, etc.), cuja definição precisará sempre ser complementada pelo magistrado à luz das circunstâncias do caso concreto⁵¹. Em casos como tais, situações análogas estão mais passíveis de decisões antagônicas. E qual seria a dimensão dessa janela?

Antes de ingressar no âmbito propriamente jurídico, a pré-compreensão do caso litigioso sofre a influência de fatores extrajurídicos, pois há concepções morais dominantes e valorações objetivas preexistentes num determinado setor social “dirigente” e/ou “relevante” com as quais o julgador encontra-se vinculado (ENGISCH, 1996). Segundo Zippelius a bússola das valorações do magistrado estaria no *ethos* jurídico dominante na comunidade que consiste no conteúdo de consciência de uma multiplicidade de indivíduos em relação a concepções valorativas dominantes (*Apud* LARENZ, 1997). Assim, guiando-se pelo *ethos* jurídico dominante, é absurdo imaginar situações em que a concretização do Direito implique a legitimação de condutas

⁵¹Antonio Menezes Cordeiro (2002, p. CVI/CVII) esclarece que “a decisão constituinte é, por definição, uma manifestação de vontade humana. Trata-se, porém, não de uma vontade vinculada, no sentido de se limitar a apreender os elementos dados pelas fontes e pelos factos, tirando, depois, a lógica da conclusão, mas de uma manifestação cognitivo-volitiva: o julgador apreende certos elementos e decide, criativamente, em termos finais. Por certo que o *quantum* da criatividade não é uniforme: atingindo um máximo quando da aplicação de conceitos vazios ou da integração de lacunas rebeldes à analogia e extra-sistemáticas, ele surge reduzido perante normas rígidas ou mesmo típicas. Mas existe sempre, desde a apreensão dos factos à localização das fontes”.

radicalmente contrárias a determinados valores prevaletes numa comunidade jurídica da qual resulta o Direito como produto social (como por exemplo, uma decisão judicial que reconheça legítima uma relação de escravidão). A vinculação do juiz, nesses casos, mostra-se inevitável.

Entretanto, a existência de um *ethos* dominante não fornece resposta para todas as situações, especialmente quando envolvem valores conflitantes em meio a intensas mudanças sociais, donde não há uma noção uniforme acerca de qual direito deva prevalecer num dado quadrante espaço-temporal. Em situações de manifesto conflito ideológico, o magistrado seria levado a decidir conforme suas concepções ideológicas pessoais. Vale lembrar as discrepâncias verificadas em decisões judiciais envolvendo relações homoafetivas antes do pronunciamento do STF, com efeito vinculante, acerca da questão⁵².

Afora a existência de critérios extrajurídicos (sociais, ideológicos, religiosos, morais, etc.) que, quando dominantes numa sociedade, vinculam o julgador, há, evidentemente, limites valorativos fixados pelo próprio sistema jurídico (princípios). Essas balizas axiológicas e teleológicas do Direito funcionam como moldura que impede a arbitrária atuação do juiz na construção dos sentidos normativos controlável mediante o dever de fundamentação das decisões e a possibilidade de revisão dos julgados por órgãos colegiados. Mas, como essa moldura axiológica é bastante ampla, contemplando princípios colidentes, também permite um vasto campo de atuação do magistrado no uso da ponderação.

Os enunciados jurídicos, em geral, fornecem importantes indicativos do escopo normativo, limitando, de certa forma, o campo de atuação do julgador. Embora suscetível a interpretações plurívocas, a depender da complexidade do caso concreto, há um sentido mínimo cognoscível que o intérprete-aplicador do Direito não pode

⁵² Em julgamento realizado em 05/05/2011, os ministros do STF deram provimento a ADI nº 4277 e a ADPF nº 132, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer sentido do artigo 1.723 do CC que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, seguindo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284277.NUME.+OU+4277.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c639nnh>>. Acessado em 10/09/2013.

ignorar⁵³, pois “o texto normativo estabelece, em todo caso, os limites extremos de possíveis suposições” (MÜLLER, 2011, p. 192). Esse sentido mínimo emana da própria língua utilizada pelo Direito (a língua comum), como também normativamente pelo conteúdo axiológico e teleológico do enunciado jurídico e pela sua adequação com a ordem jurídica, não sendo permitido ao juiz dele distanciar-se. Assim, todo enunciado jurídico possui um sentido mínimo que delimita os contornos possíveis da norma jurídica que impedem o juiz de ultrapassá-los.

Entretanto, o sentido mínimo cognoscível dos enunciados jurídicos não impede o surgimento de interpretações não idênticas, já que:

A convicção pessoal [particularmente, a valoração] de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo ‘espaço de jogo’ será havida como sendo a melhor e a ‘justa’. (ENGISCH, 1996, p. 227-228).

A existência de uma apreciação pessoal pelo intérprete-julgador não é necessariamente um mal a ser combatido, pois a convicção do juiz pode ser elemento positivo na obtenção de uma decisão justa. Logo, não deve ser mascarada e sim assumida pela comunidade jurídica conferindo, assim, mais transparência ao processo decisório. Entretanto, quanto maior for a margem de apreciação pessoal do julgador, maior deve ser o esforço argumentativo na hora da fundamentação, devendo sujeitar-se a um controle mais rígido.

A sua vez, a jurisprudência exerce o papel de limite mais rígido ao espaço livre de apreciação do juiz. Os Tribunais Superiores (STF e STJ) possuem hoje diversos instrumentos processuais de uniformização dos sentidos normativos capazes de afastar (ou minimizar drasticamente) a possibilidade de interpretações diversas para casos similares. Assim funcionam as súmulas vinculantes (art. 103-A, *caput*, da EC n.º 45/2004), os regimes da repercussão geral (art. 543-B, do CPC) e dos recursos

⁵³ Acerca da existência de um sentido mínimo Humberto Ávila (2013, p. 36, grifo do autor) averba: “o intérprete não só constrói, mas **reconstrói** o sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. [...] Daí se dizer que **interpretar é construir a partir de algo**, por isso significa **reconstruir**: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção dos sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados **núcleos de sentidos**, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual”.

repetitivos (art. 543-C, do CPC); a interpretação conforme a Constituição (construto jurisprudencial).

Essa possibilidade de estabilização dos sentidos normativos também pode ser eficaz para minimizar as contradições de julgados envolvendo conceitos “abertos” à valoração. Antônio Menezes Cordeiro (2001, p. 1.181) reforça esse raciocínio quando afirma que “a acumulação de decisões, ordenadas em correntes jurisprudenciais, permite, por vezes, elevada precisão no concretizar de conceitos indeterminados. Pode, então, perguntar-se se não terá cessado, por força de Direito judicial, a indeterminação do início”. Com efeito, a jurisprudência desempenha papel relevantíssimo à concretização da equidade e segurança jurídica, na medida em que reduz a margem de chance de casos análogos serem decididos de forma antagônica.

Entretanto, esse limite à atuação do magistrado torna-se precário diante da inevitável superação da jurisprudência em casos semelhantes, a partir da eleição de aspectos relevantes para diferenciá-los (*overruling*), bem como da frequente alteração dos sentidos promovida pelos Tribunais num curto lapso de tempo.

O dever de motivar as decisões judiciais também pode ser compreendido como freio à atuação do julgador, pois a alusão a conceitos “abertos” a valoração impõe maior esforço argumentativo à fundamentação, devendo sujeitar-se a um controle mais rígido pelos órgãos julgadores colegiados. A problemática, contudo, reside justamente nesse controle.

Embora o dever de fundamentação encontre-se expresso, de forma genérica, na Constituição Federal (art. 93, inciso IX), inexistente no plano infraconstitucional disposição legal traçando regras para a sua validação⁵⁴. Tampouco a ciência jurídica conseguiu formular critérios rígidos e hierarquizados de legitimação das fundamentações judiciais, não obstante o reconhecido esforço de Robert Alexy e outros respeitáveis juristas. As técnicas jurídicas argumentativas (*a contrario sensu*, *a fortiori*, *a priori*, *a simile*, etc.) são, quando adotadas, porque facultativas, insuficientes à justificação do sentido

⁵⁴O diploma processual civil brasileiro prevê, nos seus arts. 165 e 458, três requisitos essenciais para sentenças e acórdãos judiciais: i) o relatório com os nomes das partes, o resumo do pedido formulado pelo demandante e as razões de defesa da parte adversa, bem como o registro das principais ocorrências havidas no processo; ii) os fundamentos da decisão com a exposição das questões de ordem fática e jurídica; e iii) a parte dispositiva, na qual há a resolução da controvérsia com a proclamação do resultado. Afora a prescrição da estrutura das decisões judiciais, o CPC não apresenta nenhuma regra voltada à fundamentação.

normativo na complexidade do caso concreto, operando como uma mera ferramenta retórica⁵⁵.

Somando-se a isso, a atual postura do Judiciário brasileiro que vem admitindo o afrouxamento do dever de motivação, relegando, assim, o controle efetivo das decisões judiciais, ao legitimar decisões fundamentadas na mera reprodução do *decisum* recorrido ou em precedentes aleatoriamente selecionados, com base em motivações sucintas, ou ainda legitimando a desnecessidade de apreciação de todos os argumentos e provas apresentados pelas partes e a correção dos fundamentos da decisão⁵⁶. Nesse cenário propício, o Judiciário brasileiro, com o consentimento do STF, vem encontrando “maior espaço” para, como artifício de legitimação, fundamentar suas decisões com base em conceitos abertos à valoração, distanciando-se, muitas vezes, dos sentidos possíveis do texto legal e/ou constitucional.

Como critica Eros Grau (2011, p. 343, grifo do autor) “a **moda dos princípios** conduziu à chamada **ponderação de princípios**, que permite ao juiz decidir cada caso a partir dos **valores** que em cada caso eleja”. Sem critérios controláveis para decisões fundamentadas “em nome” da ponderação de princípios “ela [a ponderação] não representa nada mais de que uma ‘caixa preta’ legitimadora de um ‘decisionismo’ e formalizadora de um ‘intuicionismo moral’” (ÁVILA, 2013, p. 130). Legitimando, assim, a manipulação dos sentidos pelos Tribunais, principalmente, pelo STF.

Na tentativa de limitar o recorrente apelo a conceitos abertos à valoração como estratégia de motivação da decisão judicial, o projeto do novo CPC, em trâmite no Congresso Nacional, no seu art. 499, parágrafo único, prevê que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão,

⁵⁵ “Os cânones da interpretação têm sido, desde Savigny, objeto de muitas discussões. Até hoje não há acordo quanto ao seu número, sua formulação precisa, sua hierarquia e seu valor” (ALEXY, 2005, p. 229).

⁵⁶ O Tribunal Pleno do STF, reafirmando antiga jurisprudência, em sede de repercussão geral, uniformizou o entendimento de que “O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão” (AI 791.292 QO-RG/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23.06.2010, publicado no DJ-e 13.08.2010). Nesse julgado também foi reafirmado a constitucionalidade da fundamentação com base na reprodução da decisão recorrida. Em decisão mais recente, também em sede de repercussão geral, o Tribunal Pleno do STF consolidou o entendimento de que não afronta a exigência constitucional de motivação dos atos decisórios a decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais que adota como razão de decidir os fundamentos contidos na sentença recorrida (RE 635.729 RG/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 30.06.2011, publicado no DJ-e 24.08.2011). Nesse mesmo sentido, a Corte Especial do STJ firmou o entendimento de que “a reprodução de fundamentos declinados pelas partes ou pelo órgão do Ministério Público ou mesmo de decisões atendem ao comando normativo, e também constitucional, que impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. O que não se tolera é a ausência de fundamentação”. (EREsp 1021851/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 28/06/2012, DJe 04/10/2012).

que [...]; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”. Até o momento, não é possível antever se esse dispositivo será aprovado, todavia, a sua existência no projeto de novo diploma processual civil acusa a provável utilização de conceitos vagos como estratégia de manipulação do sentido normativo no discurso jurídico.

Embora o sistema jurídico imponha limites à atuação criativa do magistrado, resta evidente que tais obstáculos não conseguem evitar a oscilação dos sentidos normativos na medida em tais sentidos são influenciados pelo olhar do julgador sobre o contexto no qual se apresenta a controvérsia, especialmente, quando se está diante de conceitos com alto grau de determinação cuja definição só é atingida na problemática do caso concreto.

5. ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO DE DECISÕES JUDICIAIS

5.1. Enquadre metodológico da pesquisa

Como já foi antecipado, a pesquisa inscreve-se na ACD, desenvolvida por Fairclough, que concebe a linguagem numa perspectiva tridimensional, ou seja, a análise do texto dentro de uma prática discursiva e esta imersa numa prática social, sendo esta agenda, no presente estudo, traduzida para o campo jurídico. A ACD é um entre vários métodos de análise do discurso, através do qual se busca os sentidos não literais que permeiam o texto ideologicamente orientado. Pela ACD as explanações do texto são articuladas com aspectos sociais e, quando aplicada a dados da instância jurídica, a análise leva em conta os argumentos jurídicos e como eles interagem com questões sociais.

Com fundamento metodológico na ACD, as análises realizadas na presente pesquisa buscam identificar as marcas ideológicas que permeiam as decisões e se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade foram utilizados como ferramentas de validação do discurso jurídico a partir de argumentos extrajurídicos, principalmente, sociológicos.

Por ser uma pesquisa interdisciplinar questões jurídicas ganham igual importância. Assim, as análises também voltam suas atenções para a coerência da justificação do uso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade pelas decisões, se há o comprometimento metodológico com os critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A pesquisa foi realizada a partir de consulta feita pela internet, no sítio do TRF da 5ª Região, por palavras-chave (método booliano de pesquisa), através da qual foram qualitativamente selecionados cinco pares de decisões contraditórias, julgadas por desembargadores distintos, envolvendo situações similares. A contradição nos julgados destaca-se pela utilização descriteriosa dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, conceitos com alto grau de indeterminação. Dessa forma, o trabalho tem no texto das decisões judiciais o seu principal material de pesquisa.

As análises não têm a pretensão de imparcialidade, pois, assim como não há discurso neutro “toda análise é necessariamente incompleta, parcial e aberta à revisão” (RAMALHO, RESENDE, 2011, p. 118). A seleção de pares de decisões antagônicas em casos semelhantes já denota a existência de oscilação dos sentidos envolvendo o discurso jurídico fundamentado nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. As análises, no entanto, buscam verificar em que circunstâncias essas contradições surgem e porque ocorrem.

A pesquisa ateu-se a acórdãos (decisões) proferidos apenas pelo TRF da 5ª Região, composto por desembargadores federais dos Estados de Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte e Ceará. A restrição do campo de pesquisa busca demonstrar a incongruência de decisões exaradas, dentro de um mesmo Tribunal, por desembargadores procedentes da Região Nordeste do Brasil, minimizando, assim, as diferenças culturais dos julgadores.

As datas dos julgamentos também foram objeto de consideração. Só foram selecionadas decisões contemporâneas entre si, com o espaçamento máximo de quatro meses entre as datas dos julgamentos que compõem o mesmo par de decisões analisado. O objetivo foi prezar pela credibilidade da pesquisa, a partir da adoção de parâmetros equivalentes.

Nas análises, os nomes dos julgadores foram omitidos adotando-se a qualificação de “desembargador”, conforme a hierarquia judiciária, no masculino para fins de generalização. Também foram suprimidos os dados pessoais das partes litigantes, quando pessoa física ou entidade privada, para resguardar a privacidade dos agentes atuantes, em que pese todas as decisões sejam públicas e estejam disponíveis à consulta no sítio do TRF da 5ª Região.

As análises compreenderam o relatório (resumo dos fatos e razões apresentadas pelas partes) e o voto (a fundamentação jurídica da decisão) dos acórdãos prolatados pelas diversas Turmas, no total de quatro, que compõem o TRF da 5ª Região. Propositamente, optou-se por omitir as ementas (síntese do voto) por entender sê-las

desnecessárias às análises, uma vez que, durante a pesquisa, ficou constatado que as ementas correspondiam à mera reprodução de excertos dos votos objetos das análises.

Para fins didáticos, os pares de decisões foram separados em subitens deste capítulo e as decisões identificadas por letras sequenciais.

5.2. Análises das decisões

5.2.1. Primeiro par: decisões A e B

DECISÃO A

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
 TERCEIRA TURMA JULGADORA
 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0018543-15.2006.4.05.8100
 DATA DO JULGAMENTO: 24/02/2011 DATA DA PUBLICAÇÃO: 02/03/2011

(relatório)

1. Apelação de sentença, f. 116-
2. 118, que, em sede de ação ordinária, julgou improcedente o pedido da demandante,
3. objetivando sua reinclusão no REFIS e consequente expedição de certidão negativa de
4. débitos.
5. A apelante alega que aderiu ao REFIS no final do ano de 2000 e vem mantendo
6. absolutamente em dia os referidos pagamentos, mas que, por descuido, no período de 2001 a
7. dezembro de 2002 não realizou a alteração do percentual utilizado na apuração da parcela do
8. referido programa, devida em razão da mudança na forma de apurar o imposto de renda.
9. Sustenta, ainda, que o pagamento a menor não poderia ser utilizado como motivo
10. para determinar a exclusão da recorrente do REFIS, além de que tal medida coloca em risco
11. toda a manutenção da empresa.
12. Foram apresentadas contrarrazões, f. 141-148.
13. É o Relatório.

FRAGMENTO 1

Através do relatório (linhas 1-13), o desembargador apresenta o resumo da controvérsia objeto de julgamento. Nesse caso, a parte autora, em recurso de apelação, na ação ordinária por ela ajuizada, busca reformar sentença que julgou improcedente os seus pedidos de reinclusão no Programa de Recuperação Fiscal – REFIS e expedição de certidão de regularidade fiscal. Ao expor os argumentos ventilados pela

parte autora, o desembargador relata que os pagamentos das parcelas vêm sendo realizados absolutamente em dia ainda que, por descuido, no período de 2001 a dezembro de 2002, tenha sido efetuado em valor a menor. O que, para a parte autora, não é motivo para determinar a sua exclusão do REFIS.

Segundo o relatório, a parte autora também lança mão de **argumento de natureza econômica** para ver seu pedido acatado: o risco de a sua exclusão do REFIS comprometer a manutenção das suas atividades (linhas 10-11).

O desembargador apenas menciona a interposição de contrarrazões pela parte adversa, a Fazenda Nacional, entretanto, deixa de expor os argumentos apresentados na peça de defesa.

A sucinta sinopse dos fatos envolvidos na lide dificulta o entendimento da controvérsia e prejudica o exercício do direito recursal para as Cortes Superiores (STJ e STF), cuja análise jurídica fica adstrita ao cenário fático relatado nas decisões colegiadas proferidas pelos Tribunais (acórdãos) ⁵⁷.

(voto)

14. A demandante, ora apelante,
15. encontrava-se incluída no Refis.
16. No entanto, por erro, ou descuido, como reconhece, f. 123, que *perdurou por apenas*
17. *18 meses, o que representou uma diminuição de recolhimento de apenas R\$ 6.737,80 (seis mil*
18. *setecentos e trinta e sete reais e oitenta centavos) que, se comparado ao débito hoje em cobrança*
19. *na execução nº 2006.81.0052557-5, corresponde a somente 0,00% do seu total, f. 132.*
20. Em suma, o pagamento a menor durou dezoito meses, levando a ré, ora apelada, a
21. excluí-la do programa Refis, calcada no inc. VI, do art. 3º, da Lei 9.964, de 10 de abril de
22. 2000, a exigir, por parte da devedora, *o pagamento regular das parcelas do débito consolidado.*
23. Se o pagamento a menor ocorreu durante dezoito meses, traduzido em um ano e
24. seis meses, não pode ser, em hipótese alguma, considerado como pagamento regular, de
25. maneira a tornar ilegal a exclusão operada e combatida.

FRAGMENTO 2

As linhas 14-19 introduzem a fundamentação da decisão. O voto inicia-se com uma estratégia de nomeação em função da instância judiciária. A parte autora passou

⁵⁷STJ, Súmula n.º 07: **A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.** STF, Súmula n.º 279: **Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.** Tais verbetes sumulares são utilizados como verdadeiros operadores de redução do direito recursal nas instâncias superiores, limitando a apreciação da controvérsia, pelas Cortes Superiores, aos fatos e provas expostos nos acórdãos exarados pelos Tribunais Regionais e Estaduais. Aquilo que ali, no acórdão, não existir, não existirá nos autos para o STJ e STF.

agora a ser nomeada como “apelante”. Após narrar que a parte autora encontrava-se no REFIS, o desembargador, utilizando o operador argumentativo de contraposição “no entanto” (linha 16), transcreve o principal argumento recursal para a concessão do pleito de reinclusão naquele programa, qual seja, o fato de que o recolhimento a menor das parcelas, pelo período de dezoito meses, representou uma diminuição de “apenas” R\$ 6.737,80 equivalente a 0,00% do total do débito atualizado em cobrança (alegação formulada pela autora às fls. 132 dos autos). Esse argumento é antecedido pelos motivos do pagamento a menor reconhecidos pela parte autora: “erro” ou “descuido”.

Em seguida, o desembargador recorre ao indicador de síntese “em suma” para indicar uma relação causal (e não de síntese): a ocorrência do pagamento a menor durante dezoito meses implicou a exclusão do programa REFIS, indicando o inciso VI, do art. 3º, da Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000⁵⁸, como embasamento legal. Mais uma vez (linhas 20 a 22), o desembargador menciona que o pagamento a menor ocorreu durante dezoito meses, indicando, em redundância, que esse período equivale a um ano e meio. Percebe-se uma ênfase reiterada quanto à duração da irregularidade para justificar a tomada de decisão.

Ato contínuo (linhas 23 a 25), o desembargador faz uso do indicador de condição “se” para concluir que o “pagamento a menor” não pode ser considerado como “pagamento regular”, enfatizando tal conclusão com o operador argumentativo de negação “em hipótese alguma”. Verifica-se a adoção das expressões “pagamento a menor” e “pagamento regular”, de naturezas diversas, como antônimos para negar o que lhe é pedido.

Semanticamente, o termo “pagamento a menor” relaciona-se à quantidade, podendo ser substituído por outras referências quantitativas de diminuição sem alteração de sentido (menos que, inferior a que, abaixo de, etc.). No caso de “pagamento regular” a lexicalização dá margem a sentidos diversos que variam de acordo com o discurso. O termo “regular” pode referir-se à sujeição a regras, mas também ao critério temporal de “regularidade” sinônimo de “ausência de interrupção”, logo, o pagamento pode ter sido realizado regularmente (mês a mês), porém em valor

⁵⁸Lei nº 9.964/2000, art. 3º. A opção pelo Refis sujeita a pessoa jurídica a: (...); VI – pagamento regular das parcelas do débito consolidado, bem assim dos tributos e das contribuições com vencimento posterior a 29 de fevereiro de 2000.

insuficiente. Observa-se que a parte autora adota o termo “regular” nesse último sentido para chegar à conclusão de que o pagamento a menor não é motivo para a sua exclusão do REFIS, já que vinha mantendo os pagamentos absolutamente em dia (conforme consta do relatório).

Nas suas conclusões, o desembargador ignora a polissemia do termo “regular” impondo-lhe um único sentido: ser sinônimo de pagamento integral e com periodicidade mês a mês. A partir do sentido da “palavra” por ele eleito, o desembargador alcança o sentido do “enunciado” como se fosse possível deduzir o enunciado pela soma das significações das palavras, abstraindo-se o contexto discursivo. Percebe-se aqui a adoção daquilo que Dascal nomeou de **semântica ingênua**. Quando a compreensão do enunciado se atém exclusivamente ao “sentido literal” da palavra, ignorando o que Wittgenstein descreve como a **visão panorâmica do uso das palavras**, através da qual se contempla aspectos pragmáticos e discursivos no funcionamento efetivo da língua (COLARES, 2010).

Observa-se ainda uma certa falta de coerência na ênfase dada pelo desembargador ao argumento da parte autora de que a redução representou uma diminuição de “apenas” R\$ 6.737,80, equivalente a 0,00% do total do débito atualizado em cobrança, e a sua posição em sentido contrário. Ao chamar a atenção para o efeito de diminuição contido na palavra “apenas”, o discurso jurídico, em sentido contrário, fragiliza-se em termos de coerência e coesão.

-
26. No parcelamento aberto pela norma apontada, não há lugar para boa fé nem para
 27. má fé. Há lugar apenas para o cumprimento de obrigações, segundo as normas estipuladas
 28. pelo legislador, dentro de um relacionamento estritamente matemático, a exigir do devedor
 29. o pagamento integral e correto de cada parcela, mês a mês, não abrindo, em consequência,
 30. nenhum espaço para qualquer discussão paralela da presença da boa fé nem a ausência de
 31. má fé, o que implicaria em admitir subjetividade naquilo que é essencialmente objetivo.

FRAGMENTO 3

Nesse fragmento, torna-se explícita a opção do desembargador por negar o contexto no qual se insere a controvérsia. Para justificar tal postura, ele afasta a possibilidade de aplicação da boa-fé na hipótese de parcelamento fiscal. A comparação

da relação jurídica firmada entre a parte autora e a parte ré, no parcelamento, a um “relacionamento estritamente matemático” denota o apego ainda à linguagem jurídica fundamentada na lógica formal, seguindo a linha positivista de aplicação estrita da letra da lei que ignora o contexto fático e a textura aberta da linguagem jurídica.

Vislumbra-se uma manobra estratégica em tratar de maneira maniqueísta o ato de decidir como subjetivo X objetivo. O contexto, sob a roupagem da “boa-fé” ou “má-fé”, é tratado como elemento externo que não se enquadra dentro da moldura normativa kelseniana das possibilidades possíveis de aplicação do Direito. Nessa ótica, o desembargador distingue dois tipos de conflito social regulado pelo Direito: i) as controvérsias que admitem a discricionariedade do julgador; e ii) aquelas em que a norma encontra-se pronta e acabada no texto legal. Mas é possível admitir decisão judicial sem valoração do julgador ainda que em seu grau mínimo?

O desembargador retoma a ideia clássica do juiz mero aplicador do direito conforme “a vontade do legislador”, negando a atividade criativa do julgador e suas valorações pessoais que, inexoravelmente, denotam um determinado ponto de vista acerca da realidade. Para o desembargador, a fundamentação da decisão tem como finalidade principal comprovar que a resolução da controvérsia está em conformidade com a lei. Nesse fragmento 3, fica evidenciado que ao aplicar “objetivamente” a letra da lei, o desembargador **interpreta** a expressão “pagamento a menor” como sinônimo de “pagamento regular”. Ou seja, sob a roupagem da “mera” aplicação da regra criada pelo legislador, **interpreta e decide ignorando o contexto factual.**

32. O parcelamento não foi cumprido, durante dezoito meses, com o pagamento a
 33. menor, o que simboliza para o pagamento irregular, a justificar a exclusão do devedor, ora
 34. apelante, do programa Refis, de acordo com a regência da Lei 9.964.

35. Não há como reservar, no parcelamento, outra matéria senão a relativa ao
 36. pagamento certo e regular, de acordo com o pactuado.

37. O campo é de direito tributário, não se fazendo devido a aplicação do **princípio da**
 38. **razoabilidade** para fazer restaurar o parcelamento em tela.

39. Sem razão a apelante.

40. Por este entender, nego provimento ao apelo.

41. É como voto.

FRAGMENTO 4

O desembargador volta a afirmar, nas linhas 32 a 34, que o parcelamento não foi cumprido durante dezoito meses em razão do pagamento a menor, reforçando a ideia defendida de que o “pagamento a menor” equivale a “pagamento irregular”, a justificar a exclusão da parte autora do programa REFIS, fazendo alusão à Lei nº 9.964/2000 como fundamento jurídico. Nas linhas seguintes (35-36), o desembargador enuncia, mais uma vez, que a matéria em questão (parcelamento) não comporta interpretações que ultrapassem a noção de “pagamento certo e regular”, que ele arbitrariamente define como sendo o pagamento da parcela no valor monetário exato, independentemente do contexto em que se deu eventual pagamento incorreto (e se a diferença fosse de centavos?). Nota-se o apelo reiterado ao raciocínio de que “pagamento a menor” e “pagamento irregular” são sinônimos, objetivando, desse modo, convencer os interessados da tese defendida.

Em seguida (linhas 37-38), defende a inaplicabilidade do **princípio da razoabilidade** em matéria tributária como justificativa ao desprezo pelo contexto da controvérsia. Por fim, com a expressão “por este entender” o desembargador estabelece um elo entre os fundamentos expostos nos fragmentos 2 a 4 e a decisão por negar provimento à apelação (linha 40).

DECISÃO B

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
SEGUNDA TURMA JULGADORA
APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0003899-60.2008.85.4.05.8500
DATA DO JULGAMENTO: 15/02/2011 DATA DA PUBLICAÇÃO: 25/02/2011

(relatório)

1. Trata-se de apelação e remessa de sentença que julgou procedente
2. pedido formulado pela FUNDAÇÃO DE BENEFICÊNCIA HOSPITAL DE CIRURGIA, visando
3. à reinclusão no Programa de Recuperação Fiscal e à expedição de certidão de regularidade
4. fiscal.

5. O douto sentenciante entendeu que apesar do erro de cálculo,
 6. ensejador da exclusão do contribuinte do REFIS, dever ser atribuído exclusivamente à
 7. demandante, por se tratar de entidade cuja atividade é de extrema relevância para a sociedade
 8. deverá ter seu pleito de reinclusão atendido. Conclui, ainda, que há inequívoca demonstração
 9. de boa-fé, traduzida no adimplemento no montante confeccionado pela Administração.
 10. Alfim, lembra que o pagamento parcelado irá continuar, mas agora sem nenhuma pendência
 11. parcial quanto a competências anteriores. Honorários arbitrados à base de R\$ 1.000,00 (mil
 12. reais).
-
13. Apelação da Fazenda Nacional asseverando que ao Comitê Gestor do
 14. REFIS não se outorga liberdade, ou seja, sendo constatado o descumprimento das obrigações
 15. inerentes ao programa, com a subsunção à hipótese prevista no art. 5º, II, da Lei 9.964/2000,
 16. impõe-se o desligamento do contribuinte. Requer, ainda, a reforma da sentença no tocante à
 17. condenação ao pagamento das custas. Por fim, pugna pelo reconhecimento da redução da
 18. verba honorária para 1% (um por cento) do valor da causa, caso a sentença seja mantida.
 19. Contrarrazões às fls. 287/292.
 20. É o Relatório.

FRAGMENTO 1

No relatório (linhas 1-20), o desembargador narra a controvérsia devolvida ao Tribunal em sede de remessa oficial e recurso de apelação interposto pela parte ré, no caso, a Fazenda Nacional, contra a sentença que julgou procedente os pedidos da parte autora, uma entidade hospitalar beneficente, de reinclusão no REFIS e expedição de certidão de regularidade fiscal.

O desembargador relata, linhas 5-12, que o juiz de primeira instância, apesar de ter atribuído o erro cometido, no cálculo da parcela, exclusivamente à parte autora, acatou-lhe o pedido de reinclusão no REFIS em razão da “atividade de extrema relevância” para a sociedade por ela desempenhada. Segue relatando que o juiz de primeira instância, na sentença, concluiu ser inequívoca a boa-fé da parte autora traduzida no adimplemento do montante confeccionado pela Administração, afirmando ainda que o parcelamento restabelecido manter-se-á sem nenhuma pendência quanto a competências anteriores.

Note-se que o desembargador não se preocupa em especificar o erro cometido pela parte autora. Questões como a origem (qual foi o erro?), a dimensão (quanto representou no valor da parcela devida?) e a periodicidade da falha (durante quantas parcelas mensais perdurou o erro?) são abstraídas como se dispensáveis à resolução da lide. Também não resta esclarecido como pôde a parte autora, a um só tempo, ter

cometido o erro de cálculo e adimplido o parcelamento no montante confeccionado pela Administração. É possível perceber na “escolha” dos fatos sinais do desfecho da decisão que será fundamentada mais adiante, no voto. Nas linhas 13-18, o desembargador faz um breve relato acerca dos argumentos e pedidos formulados no recurso de apelação para reformar a sentença no sentido de manter o desligamento da parte autora do REFIS. As razões recursais da parte ré, segundo o relatório, estão fundamentadas no art. 5º, II, da Lei n.º 9.964/2000⁵⁹. Enquanto para as contrarrazões apresentadas pela entidade beneficente menciona apenas o número das folhas nos autos. Também nesse caso, a sucinta sinopse fática dificulta o entendimento da controvérsia e prejudica o exercício do direito recursal para as Cortes Superiores, já que os contornos do “erro” praticado pela parte autora foram omitidos.

(voto)

21. O ponto nodal da presente querela cinge-se à possibilidade de ver
22. reconhecido direito à expedição de certidão de regularidade fiscal e à reinclusão no Programa
23. de Recuperação Fiscal – REFIS.

24. Noticiam os autos que a Autora aderiu ao Programa de Recuperação
25. Fiscal – REFIS. Ocorre que, em março de 2008, através da Portaria nº 1.868 (fls. 102) foi
26. excluída do referido programa, sob o fundamento de que se encontrava em situação de
27. inadimplência.

28. A Autora traz diversas informações com o fito de demonstrar que os
29. débitos tidos por inadimplentes não lhes foram devidamente comunicados. Aduz que após a
30. ciência dos débitos veio a recolher os respectivos tributos. Por outro lado, na via
31. administrativa, a contribuinte atravessou pedido de manifestação de inconformidade (fls.
32. 96/100) onde assumiu que ao proceder o preenchimento da DCTF equivocadamente não
33. informou os DARF's referentes aos recolhimentos do IRRF. Por sua vez, a Receita Federal
34. através do Despacho SAORT nº 414/2008 (fls. 128/132) analisou detidamente as razões
35. expendidas no recurso administrativo, mantendo a decisão de exclusão do REFIS.

FRAGMENTO 2

O desembargador inicia a fundamentação da decisão introduzindo o objetivo da presente ação: o reconhecimento do direito à reinclusão no REFIS e à expedição de

⁵⁹ Lei nº 9.964/2000, art. 5º. A pessoa jurídica optante pelo Refis será dele excluída nas seguintes hipóteses, mediante ato do Comitê Gestor: (...); II - inadimplência, por três meses consecutivos ou seis meses alternados, o que primeiro ocorrer, relativamente a qualquer dos tributos e das contribuições abrangidos pelo Refis, inclusive os com vencimento após 29 de fevereiro de 2000.

certidão de regularidade fiscal (linhas 21-23). Em seguida (linhas 24-27), noticia que a exclusão da parte autora do REFIS, por motivo de inadimplência, deu-se mediante ato formal, a edição da Portaria n.º 1.868 (constante às fls. 102 dos autos), seguindo, assim, o procedimento legal.

Nas linhas que se seguem (28-35), o desembargador aduz que a parte autora apresentou diversas informações no sentido de demonstrar que não foi regularmente cientificada dos débitos em aberto e que, logo após a ciência dos mesmos, veio a recolher os respectivos tributos. Fazendo uso do operador argumentativo de contraposição “por outro lado”, o desembargador estabelece uma relação de contraste entre o adimplemento do débito pela parte autora, logo que cientificada, e a sua resistência em adimpli-lo de imediato, na medida em que atravessou, na via administrativa, instrumento de defesa (manifestação de inconformidade).

A discrepância entre as alegações da parte autora e os fatos constantes do processo administrativo denota a fragilidade dos argumentos defendidos por aquela parte. Por fim, enfatiza o desembargador que a Receita Federal, após analisar “detidamente” a manifestação de inconformidade, manteve a decisão por excluí-la do REFIS. A ênfase dada à análise do caso pela Receita Federal também corrobora a posição do julgador pela legalidade do procedimento de exclusão do REFIS.

36. Restou devidamente comprovado que o motivo da exclusão do
37. referido programa foi o pagamento a menor das prestações mensais, não havendo qualquer
38. incongruência com relação aos débitos cobrados. A própria sentença assim concluiu como se
39. vê do trecho abaixo transcrito:

40. *“Tal como asseverei na decisão liminar, o verdadeiro motivo que ensejou*
41. *sua exclusão do programa de parcelamento seriam valores a menor no*
42. *recolhimento da parcela mínima do REFIS sobre a receita bruta, declarada*
43. *pelo próprio contribuinte, no mês do pagamento (fls. 128/132).*
44. *Cuida-se de erro de cálculo atribuível exclusivamente à parte demandante,*
45. *não se podendo imputar ao Fisco a responsabilidade por tal conduta.*
46. *Ainda tendo com suporte a mencionada documentação, não se vislumbra de*
47. *sua análise qualquer incongruência por parte da administração fazendária,*
48. *posto que a decisão a qual se decretou a exclusão da demandante do*
49. *programa de parcelamento menciona expressamente que os motivos que a*
50. *ensejaram não se relacionam a débitos inseridos em parcelamento,*
51. *decorrente da Lei nº 11.345/2006”.*

52. Ademais, a matéria concernente à possibilidade de notificação na

53. imprensa oficial ou na *internet* do ato de exclusão do contribuinte optante pelo REFIS resta
 54. consolidada no sentido de que tal procedimento está em consonância com as disposições
 55. contidas na Lei nº 9.964/2000 e na Resolução nº 20/2001 do seu Comitê Gestor, sendo,
 56. assim, despicienda a intimação pessoal da pessoa jurídica. Tal matéria encontra-se cancelada
 57. na súmula 355 do STJ.
-

FRAGMENTO 3

No fragmento 3, o desembargador é enfático ao dizer que há provas nos autos demonstrando que o motivo da exclusão da parte autora do REFIS foi o pagamento a menor das prestações mensais, eximindo a Administração Fazendária de qualquer culpa pelo ocorrido. Para comprovar tal assertiva recorre à transcrição de parte das conclusões chegada pelo juiz de primeira instância, julgando-as incontroversas.

Nas linhas seguintes (52-57), o desembargador utiliza o indicador de adição “ademais” para reforçar a ideia de que a Administração Fazendária não incidiu em ilegalidade ao excluir a parte autora do REFIS, desta vez, porque não estaria obrigada a proceder à intimação pessoal da pessoa jurídica excluída, fundamentando tal conclusão nas normas que regulamentam o parcelamento em questão (as disposições da Lei n.º 9.964/2000 e a Resolução n.º 20/2001 do Comitê Gestor do REFIS) e na Súmula n.º 355⁶⁰ do STJ.

Até aqui, todos os argumentos articulados pelo desembargador são contrários ao pleito da parte autora, quais sejam: i) a culpa pelo pagamento a menor das prestações do parcelamento; e ii) a legalidade do ato de exclusão do REFIS.

58. Noutra banda, não se pode olvidar os demais elementos trazidos à
59. colação. Anoto que, a Autora apesar de ser responsável pelos erros que deram ensejo a sua
60. exclusão do REFIS demonstra não ter laborado com dolo, até porque os pagamentos vinham
61. sendo efetuados mesmo que em valores menores do que os devidos, todavia, estas diferenças
62. não somam montante exorbitante a deixar explícita a intenção de burla ao Fisco.

63. Observo que muito embora o julgamento não comporte uma apreciação
64. exaustiva acerca do princípio da boa-fé, o Direito Civil brasileiro deixou de ser um direito
65. apenas regulado por normas, uma espécie de sistema de direito, para transformar-se num
66. sistema submetido às cláusulas gerais, onde pontifica a mais geral de todas, precisamente a
67. cláusula da boa-fé, como foi observado na magistral aula proferida neste TRF da 5ª Região,
68. pelo notável jurista português JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, quando agradeceu a justa
69. homenagem que lhe fora prestada, ao ser agraciado com a comenda PONTES DE MIRANDA

⁶⁰ STJ, Súmula n.º 355: É válida a notificação do ato de exclusão do Programa de Recuperação Fiscal (Refis) pelo Diário Oficial ou pela internet.

70. por este Tribunal. Acrescento que essa nova postura de Direito Civil se espraia para os
71. domínios dos demais ramos do direito, como o fiscal, e bem por isso, o Direito Civil é
72. denominado de Direito Comum, o que significa dizer, mãe de todos os direitos.

73. Cumpre-me, ainda, ressaltar os honrosos trabalhos que a Autora
74. realiza junto à população do seu Estado no campo da prestação da saúde, ou seja, não permitir
75. a sua reinclusão no referido programa é colocar em risco o assistencialismo realizado pela
76. entidade.

FRAGMENTO 4

O fragmento 4 inicia-se com o operador argumentativo de contraposição “noutra banda”, através do qual o desembargador passa a refutar as razões (contrárias à reinclusão da parte autora no REFIS) por ele próprio ventiladas nos fragmentos 2 e 3. Fazendo uso de outro operador argumentativo de contraposição “apesar”, o desembargador defende que os erros cometidos pela parte autora, os quais ensejaram a sua exclusão daquele programa de parcelamento, não foram praticados com dolo (má-fé). E chega a tal conclusão com base em duas circunstâncias: i) os pagamentos vinham sendo efetuados mesmo que em valores menores do que os devidos; e ii) as diferenças não somam montante exorbitante a ponto de configurar a intenção de bula ao Fisco. Note-se que o desembargador interpreta o termo “pagamento regular” como “pagamento periódico”, ainda que num valor menor que o previsto na parcela. A sua vez, não revela o valor das diferenças que julga inexpressivo, obscurecendo a noção de que venha ser “exorbitante” no caso concreto, estratégia que induz o convencimento pelo acerto da decisão.

Nas linhas seguintes (63-72), o desembargador defende a aplicabilidade da boa-fé, destacando como argumento de autoridade a aula proferida pelo jurista português José de Oliveira Ascensão, no TRF da 5ª Região, para validar o que afirma. Assim, o desembargador deixa de aplicar a regra de exclusão do REFIS (art. 5º, II, da Lei nº 9.964/2000) em prevalência à observância à boa-fé, justificada pelo contexto do caso concreto. Vale anotar que o artifício jurídico utilizado pelo desembargador para flexibilizar a rigidez da regra em questão foi a boa-fé, mas a mesma conclusão poderia ter sido “justificada” pelos **princípios da proporcionalidade e razoabilidade**, uma vez que as razões apresentadas para afastar a disposição legal denotam a

desproporcionalidade e a irrazoabilidade da sanção ante as circunstâncias fáticas do caso concreto.

Nas linhas finais desse fragmento (73-76), o desembargador traz à baila um **argumento de cunho social** para convencer o acerto da sua decisão, invocando o risco que poderia causar o indeferimento do pleito da parte autora aos serviços assistencialistas por ela prestados à população do seu Estado. O aspecto social é explicitamente prestigiado na tomada da decisão, sendo perceptíveis as marcas ideológicas que permeiam o discurso jurídico.

- 77. Fique claro que não se está encorajando a prática de conduta ilegal,
- 78. até porque o Fisco continuará recebendo seus créditos de forma parcelada como dantes
- 79. firmado no programa em comento, não se imputando, assim, nenhum prejuízo aos cofres
- 80. públicos. Assim, com o pagamento das diferenças apontadas referentes às parcelas mensais do
- 81. REFIS, não antevejo motivo para não se determinar a imediata reinclusão da Autora no
- 82. REFIS como reconhecido na douta sentença.

83. Com essas considerações, nego provimento à apelação e à remessa.

84. É como voto.

FRAGMENTO 5

No fragmento 5, o desembargador também justifica a sua decisão lançando mão de **argumentos econômicos**. O afastamento da regra, que estipula o inadimplemento como hipótese de exclusão do REFIS (art. 5º, II, da Lei nº 9.964/2000), é motivado pela ausência de “prejuízo” aos cofres públicos face ao adimplemento superveniente das diferenças das parcelas pagas a menor. Dessa forma, o desembargador cria uma regra de exceção à incidência daquele dispositivo legal não prevista pelo legislador, fazendo questão de enfatizar que tal “exceção” é aplicável ao caso concreto e não aos demais casos em similar situação. Para os demais, a disposição legal mantém-se rígida.

A regra jurídica, nesse caso, é ultrapassada a partir de juízos pessoais formulados pelo desembargador.

Numa análise comparativa entre as decisões “A” e “B”, é possível distinguir as seguintes contradições:

DECISÃO A

- O valor do inadimplemento das parcelas do REFIS é desprezado pelo desembargador, embora tal importe seja equivalente a 0,00% do débito em cobrança;
- O termo “regularidade” é adotado no sentido de pagamento em dia e no valor integral, de modo que a ausência de um desses requisitos tornaria o pagamento irregular para o desembargador;
- O período de inadimplemento é reiteradamente citado na decisão para demonstrar o descumprimento à lei do REFIS;
- Para o desembargador, o pagamento a menor é razão para a exclusão do REFIS;
- Afasta a aplicação dos princípios da boa-fé, bem como da razoabilidade e da proporcionalidade com fundamento na “literalidade” da norma.

DECISÃO B

- O valor do inadimplemento, que julga sê-lo “não exorbitante” ou desprezível para configurar a intenção de burlar o Fisco, é relevante para o desembargador;
- O termo “regularidade” é adotado no sentido de pagamento em dia ainda que num valor a menor;
- O período de inadimplemento não é citado na decisão, o que denota a sua irrelevância para o desembargador;
- Para o desembargador, o pagamento a menor não é razão para a exclusão do REFIS;
- A regra de exclusão do REFIS é afastada em razão dos “honrosos trabalhos que a Autora [entidade beneficente] realiza junto à população do seu Estado no campo da prestação da saúde”.

*5.2.2. Segundo par: decisões C e D***DECISÃO C**

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

SEGUNDA TURMA JULGADORA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007468-73.2011.4.05.8400

DATA DO JULGAMENTO: 07/05/2013 DATA DA PUBLICAÇÃO: 17/05/2013

(relatório)

1. Trata-se de apelação de XXXX XXXX XX XXXX em
2. decorrência de sentença, às fls. 131/135, que, entendendo que
3. a autoridade ambiental tão-somente procedera em conformidade
4. com a lei que instituiu tutela protetiva dos componentes da
5. biota brasileira ameaçados de extinção, pautando sua conduta
6. na mais estrita legalidade, afastou a alegação de nulidade de
7. Auto de Infração nº 599015, lavrado com fundamento no art. 29,
8. § 1º, III, da Lei nº 9.605/98, julgando improcedente o pedido
9. de devolução da arara-vermelha (*ara chloropterus*), objeto da
10. presente ação ordinária.

11. O recorrente, nas razões de seu apelo às fls.
12. 136/145, após um breve relato dos fatos, destacou que a perda
13. do laço afetivo levaria o animal a desenvolver doenças
14. emocionais e patologias clínicas, o que justificaria a
15. necessidade de devolução da arara-vermelha a ele. Sustentou a
16. ausência de comprovação de maus-tratos, sequelas ou doenças na
17. ave em referência, conforme se poderia inferir do atestado
18. sanitário a fls. 54, expedido pelo analista ambiental da
19. parte apelada, XXXX XXXX XXX (CRMV/RN nº XXXX). Alegou
20. que, ao trazer e manter a referida ave em seu convívio
21. familiar por 15 (quinze) anos, teria protegido esta última de
22. todo e qualquer mal que a pudesse prejudicar. Defendeu a tese
23. de que a manutenção da arara-vermelha em sua posse não teria o
24. condão de causar a extinção da espécie. Aduziu que a (*sic*) haveria
25. dificuldade de reintegração da citada ave no seu *habitat*
26. natural, ressaltando que a convivência desta em outro
27. ambiente, diferente do familiar, seria muito difícil para
28. arara-vermelha, bem como para todos que juntos estiveram a ela
29. por longo período de vida. Salientando a inexistência de maus-
30. tratos, pugnou pela nulidade do auto de infração, já que não
31. haveria óbice legal à criação da ave pelo recorrente.
32. Discorreu que a guarda doméstica da ave implicaria, quando
33. muito, lesão de pequena monta ao meio ambiente. Ressaltou a
34. falta de razoabilidade e proporcionalidade na incidência da
35. multa, bem como a ausência de eficiência, finalidade e
36. interesse coletivo na aplicação desta, uma vez que o apelante
37. não possuiria condições de pagar qualquer valor ao recorrido.
38. Atacou a condenação no pagamento de honorários advocatícios
39. sucumbenciais, em razão de ser beneficiário da assistência
40. judiciária gratuita. Ao final, requereu o provimento do
41. recurso, a fim de que seja determinada a devolução da arara-
42. vermelha, a anulação do auto de infração e o afastamento da
43. condenação no pagamento da verba honorária sucumbencial.

44. Contrarrazões às fls. 147/160.

45. É o relatório.

Nas linhas 1-10, o desembargador apresenta o cerne do julgamento: a apelação da parte autora contra a sentença proferida em ação ordinária que, entendendo ser legal o auto de infração lavrado pela autoridade ambiental, julgou improcedente o pedido de devolução da arara-vermelha. A narrativa deixa transparecer a convicção do desembargador pelo acerto da sentença, diante da ênfase ao mero cumprimento da lei pela autoridade ambiental.

Nas linhas 11-43, o desembargador relata as alegações formuladas pela parte autora em suas razões recursais. São argumentos de várias ordens (jurídicos e extrajurídicos): afetivo, causal, boa-fé, ausência de dano ou prejuízo ao animal, todos no sentido de demonstrar a nulidade da infração ambiental cometida e a necessidade de devolução da ave ao seu convívio familiar. No relatório, o desembargador também evidencia o inconformismo da parte autora com o valor da multa aplicada, por não atender à **razoabilidade e proporcionalidade**, bem como à eficiência, finalidade e interesse coletivo, uma vez que “não possuiria condições de pagar qualquer valor” ao IBAMA.

O desembargador omite as razões pelas quais a parte autora alega não possuir condições financeiras para honrar com a penalidade aplicada. Entretanto, ainda segundo o relatório (linhas 38-43), resta esclarecido tratar-se a parte autora de beneficiário da assistência judiciária gratuita, ou seja, pobre na forma da lei, insurgindo-se, por conseguinte, contra a condenação no pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais.

Em seguida (linha 44), menciona a existência de contrarrazões às folhas 147/160 dos autos sem adentrar nos argumentos ali expostos.

Percebe-se que o relatório preocupa-se em narrar os argumentos trazidos pela parte autora, oportunizando, assim, a melhor compreensão dos fatos pelos futuros julgadores, em caso de interposição de recursos para as instâncias superiores. Entretanto, questões importantes como o valor da multa aplicada e os motivos da hipossuficiência da parte autora foram omitidas.

(voto)

46. O apelo de XXXXX XXXXXX XX XXXXX não merece
47. prosperar pelos fundamentos abaixo esposados.
48. É que, como se pode depreender dos autos, o
49. fundamento da lavratura do auto de infração foram os arts. 29,
50. § 1º, III, 70, 71 e 72, II e IV, todos da Lei nº 9.605/98, c/c
51. os arts. 3º, II e IV, e 24, II e III, do Decreto nº 6.514/08,
52. *in verbis*:
53. *Lei nº 9.605/98*
54. ...
55. *Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar*
56. *espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota*
57. *migratória, sem a devida permissão, licença ou*
58. *autorização da autoridade competente, ou em desacordo*
59. *com a obtida:*
60. *Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.*
61. *§ 1º Incorre nas mesmas penas:*
62. ...
63. *III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire,*
64. **guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou**
65. **transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre,**
66. **nativa ou em rota migratória, bem como produtos e**
67. **objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não**
68. **autorizados ou sem a devida permissão, licença ou**
69. **autorização da autoridade competente. (Negrito não**
70. *original)*
71. ...
72. *Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental*
73. *toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de*
74. *uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio*
75. *ambiente.*
76. *§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de*
77. *infração ambiental e instaurar processo administrativo*
78. *os funcionários de órgãos ambientais integrantes do*
79. *Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados*
80. *para as atividades de fiscalização, bem como os agentes*
81. *das Capitâneas dos Portos, do Ministério da Marinha.*
82. *§ 2º Qualquer pessoa, constatando infração ambiental,*
83. *poderá dirigir representação às autoridades relacionadas*
84. *no parágrafo anterior, para efeito do exercício do seu*
85. *poder de polícia.*
86. *§ 3º A autoridade ambiental que tiver conhecimento de*
87. *infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração*
88. *imediata, mediante processo administrativo próprio, sob*
89. *pena de co-responsabilidade.*
90. *§ 4º As infrações ambientais são apuradas em processo*
91. *administrativo próprio, assegurado o direito de ampla*
92. *defesa e o contraditório, observadas as disposições*
93. *desta Lei.*

94. *Art. 71. O processo administrativo para apuração de*
95. *infração ambiental deve observar os seguintes prazos*
96. *máximos:*
97. *I - vinte dias para o infrator oferecer defesa ou*
98. *impugnação contra o auto de infração, contados da data*
99. *da ciência da autuação;*
100. *II - trinta dias para a autoridade competente julgar o*
101. *auto de infração, contados da data da sua lavratura,*
102. *apresentada ou não a defesa ou impugnação;*
103. *III - vinte dias para o infrator recorrer da decisão*
104. *condenatória à instância superior do Sistema Nacional do*
105. *Meio Ambiente - SISNAMA, ou à Diretoria de Portos e*
106. *Costas, do Ministério da Marinha, de acordo com o tipo*
107. *de autuação;*
108. *IV – cinco dias para o pagamento de multa, contados da*
109. *data do recebimento da notificação.*
110. *Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as*
111. *seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:*
112. *...*
113. *II - multa simples;*
114. *...*
115. *IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da*
116. *fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou*
117. *veículos de qualquer natureza utilizados na infração;*
118. *Decreto nº 6.514/08*
119. *...*
120. *Art. 3º As infrações administrativas são punidas com as*
121. *seguintes sanções:*
122. *...*
123. *II - multa simples;*
124. *...*
125. *IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da*
126. *fauna e flora e demais produtos e subprodutos objeto da*
127. *infração, instrumentos, petrechos, equipamentos ou*
128. *veículos de qualquer natureza utilizados na infração;*
129. *...*
130. *Art. 24. Matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar,*
131. *utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em*
132. *rota migratória, sem a devida permissão, licença ou*
133. *autorização da autoridade competente, ou em desacordo*
134. *com a obtida:*
135. *Multa de:*
136. *...*
137. *II - R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por indivíduo de*
138. *espécie constante de listas oficiais de fauna brasileira*
139. *ameaçada de extinção, inclusive da Convenção de Comércio*
140. *Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em*
141. *Perigo de Extinção - CITES. (Redação dada pelo Decreto*
142. *nº 6.686, de 2008).*
143. *...*
144. *III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire,*
145. *guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou*
146. *transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre,*

147. *nativa ou em rota migratória, bem como produtos e*
 148. *objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não*
 149. *autorizados, sem a devida permissão, licença ou*
 150. *autorização da autoridade ambiental competente ou em*
 151. *desacordo com a obtida.*
 152. ...
 153. Nessa linha, sendo fato incontroverso que a arara-
 154. vermelha, espécime da fauna silvestre, estaria sob a guarda do
 155. recorrente (em cativeiro), sem permissão, licença e/ou
 156. autorização do órgão competente, nos termos da legislação
 157. ambiental aplicável, não poderia o IBAMA deixar de lavrar auto
 158. de infração, ora impugnado, sob pena de ofensa ao princípio da
 159. estrita legalidade, a que toda Administração Pública se
 160. submete. Na verdade, como bem asseverou o magistrado de
 161. origem, não existe qualquer vício no Auto de Infração nº
 162. 599015, pois não houve prova nos autos da aquisição lícita da
 163. referida ave, ou seja, não consta qualquer registro de que ela
 164. tenha sido adquirida em criadouro autorizado pelo IBAMA. Ao
 165. contrário, o próprio autor alega, sem qualquer comprovação,
 166. que teria ganho a arara-vermelha de seu filho, o qual teria
 167. recebido a citada ave de índios do Estado do Pará, como
 168. doação, há mais de 15 (quinze) anos. Assim, não sendo
 169. demonstrada pelo apelante a existência de qualquer vício no
 170. ato administrativo atacado, não há como invalidá-lo. Neste
 171. ponto, mister se faz destacar que as alegações de falta de
 172. razoabilidade ou proporcionalidade da multa simples, então
 173. aplicada, e de ausência de eficiência, finalidade e interesse
 174. coletivo na sua aplicação constituem inovação em sede
 175. recursal, já que não aventadas na inicial da presente ação
 176. ordinária, motivo pelo qual aquelas não devem ser conhecidas.

 FRAGMENTO 2

A fundamentação inicia-se com a antecipação do resultado do julgamento pela improcedência do recurso de apelação (linhas 46-47). Fazendo um elo com o desfecho antecipado, a partir do termo “é que”, o desembargador transcreve os dispositivos legais que embasaram o auto de infração lavrado pela autoridade ambiental, destacando em negrito os trechos abstratamente aplicáveis ao caso concreto. Dessa forma, deixa subentendido que o ato administrativo encontra-se em conformidade com a legislação ambiental transcrita (linhas 48-151). Na sequência, o desembargador utiliza a regra da subsunção para justificar o respeito ao princípio da estrita legalidade.

Em reforço argumentativo, fazendo uso de indicador de corroboração “na verdade”, o desembargador alude ao que decidiu o magistrado de primeira instância: a ausência de vício no auto de infração ambiental lavrado contra a parte autora, tendo em vista a inexistência de prova nos autos da aquisição lícita da ave (linhas 160-164).

Mediante o operador de reformulação “ou seja”, o desembargador esclarece que a falta de registro da aquisição em criadouro autorizado pelo IBAMA configura a ausência de prova da aquisição lícita da ave. O argumento factual deduzido pela parte autora é, taxativamente, desconsiderado pela ausência de prova documental.

Nas linhas seguintes (171-176), o desembargador nega-se a apreciar a falta de **razoabilidade e proporcionalidade** da multa aplicada, questionada pela parte autora, bem como a ausência de eficiência, finalidade e interesse coletivo na sua aplicação, por entender que constituem inovação em sede recursal. De acordo com o relatório (linhas 33-37), esse pleito da parte autora está fundamentado no fato de que não possuiria condições de pagar qualquer valor ao recorrido.

Indaga-se: o pedido de nulidade do auto de infração que impôs a multa não contempla, em menor grau, a redução da penalidade? O acatamento do pleito limita-se ao sim ou não? A procedência parcial desse pedido não seria a manutenção da multa num valor menor? O desembargador parece encontrar uma “saída” processual para não enfrentar a controvérsia a partir dos seus particulares contornos, distanciando-se, assim, do sentido justo da norma no caso concreto.

Note-se que o desembargador, neste caso, não leva em consideração o disposto no art. 6º da Lei n.º 9.605/98⁶¹, que prevê os parâmetros a serem observados pela autoridade competente na aplicação e gradação da penalidade por infração ambiental, entre os quais, a **situação econômica do infrator, no caso de multa**. O fato de a parte autora ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (pobre na forma da lei) e de não ter condições financeiras de pagar qualquer valor ao IBAMA é simplesmente ignorado.

A despreocupação com as questões sociais que permeiam a controvérsia sinaliza o olhar do magistrado para a aplicação da literalidade da lei à revelia do cenário factual. Para o desembargador, o contexto da controvérsia é irrelevante para a resolução da lide.

⁶¹ Lei nº 9.605/98, art. 6º. Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará: I – a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; II – os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; III – **a situação econômica do infrator, no caso de multa**.

177. Por sua vez, tem-se que a alegação de desconhecimento
178. da lei, para fins de livrar-se da autuação, não aproveita ao
179. recorrente, pois é cediço que “ninguém se escusa de cumprir a
180. lei, alegando que não a conhece”, conforme dicção do art. 3º,
181. da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), consubstanciando
182. este dispositivo verdadeiro princípio geral de Direito.
183. A seu turno, o dano ambiental e a contribuição à
184. extinção da espécie já foram configurados com a retirada da
185. arara-vermelha de seu *habitat* natural.
186. Apenas em situações excepcionais tem sido admitida
187. pela jurisprudência a posse de animais silvestres sem origem
188. lícita, quando sua reinserção no *habitat* natural ou seu
189. deslocamento para criadouro autorizado mostram-se prejudiciais
190. ao próprio animal.
191. Por outro lado, há de ser prestigiado, *in casu*, o
192. Parecer Técnico nº 02/2011 (fls. 95/101), especialmente quando
193. se percebe que a arara-vermelha em questão, ao ser removida
194. para o criadouro autorizado Recanto das Aves (Colina/SP), tem
195. a oportunidade de ficar contato (*sic*) com outros animais da mesma
196. espécie, em recinto apropriado, recebendo alimentação
197. adequada, com assistência médico-veterinária constante e sob a
198. responsabilidade de um técnico (biólogo ou médico-veterinário)
199. devidamente inscrito no conselho profissional e com Anotação
200. de Responsabilidade Técnica (ART). Outrossim, já decorreram
201. quase 03 (três) anos da destinação da ave em referência à
202. unidade conservacionista anteriormente mencionada, inexistindo
203. qualquer indício nos autos de não-adaptação da ave ao seu novo
204. local de permanência.
205. Lastreando o entendimento até aqui explicitado,
206. merecem destaque os precedentes abaixo:
207. *Administrativo. IBAMA. Apreensão de ave silvestre (arara-*
208. *canindé). Ação ordinária objetivando a devolução do*
209. *animal. Extinção do processo sem julgamento do mérito.*
210. *Carência de ação por ilegitimidade ativa ad causam da*
211. *autora. Posse conjunta configurada de todos os moradores*
212. *da casa onde o animal foi apreendido. Legitimidade da*
213. *autora. Nulidade da sentença. Aplicação do art. 515,*
214. *parágrafo 3º do CPC. **Animal que, segundo manifestação***
215. *técnica da ré, desde março/2009 se encontra em criadouro*
216. *devidamente registrado junto ao Órgão ambiental, onde*
217. *permanece com um grupo de sua própria espécie,*
218. *convivendo normalmente com seus iguais. Presunção de*
219. *veracidade. Situação que deve ser mantida em benefício*
220. *do próprio animal. Apelação parcialmente provida.*
221. *Negrito não original) (TRF5 - AC 534692 - Relator(a):*
222. *Desembargador Federal Lazaro Guimarães - Órgão julgador:*
223. *Quarta Turma – DJE: 26/04/2012, Página: 787 – Decisão:*
224. *Unânime)*

225. ADMINISTRATIVO. APREENSÃO DE AVES SILVESTRES (ARARA
 226. CANINDÉ E TUCANO). FALTA DE AUTORIZAÇÃO. AUTO DE
 227. INFRAÇÃO. ARTS. 29, § 1º, III, 70 E 72 DA LEI N.
 228. 9.605/98 E ARTS. 2º, IV, E 11, § 1º, III, DO DECRETO N.
 229. 3.179/99. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. SOBRESTAMENTO DA
 230. COBRANÇA DAS VERBAS SUCUMBENCIAIS (LEI Nº 1.060/50, ART.
 231. 12). 1. Considerou o juiz "patente o enquadramento da
 232. situação narrada na exordial nos ditames da Lei nº
 233. 9.605/98. A caracterização da infração ambiental pode
 234. ser constatada pelos fatos e documentos expostos nos
 235. autos, mormente pela Transação Penal realizada pelo
 236. autor no Processo nº 12958/03 que tramitou na 2ª Vara da
 237. Comarca de Lagoa Santa/MG (fl. 25). Considerando que a
 238. infração foi devidamente constatada e assumida pelo
 239. autor, a decisão que porventura anulasse o auto de
 240. infração e a apreensão das aves, iria defrontar-se com o
 241. acordo feito em Juízo. 2. O Auto de Infração foi
 242. expedido, em 25/01/2003, com base nos arts. 29, § 1º,
 243. III, 70 e 72 da Lei n. 9.605/98; nos arts. 2º, IV, e 11,
 244. § 1º, III, do Decreto n. 3.179/99 e na Instrução
 245. Normativa n. 05/01. 3. O Decreto n. 3.179/99 (vigente à
 246. época da expedição do auto de infração), que dispõe
 247. sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas
 248. e atividades lesivas ao meio ambiente, traz em seu art.
 249. 11 a mesma redação do art. 29 da Lei n. 9.605/98,
 250. inovando apenas quanto à fixação do valor de R\$ 500,00
 251. por animal apreendido para a multa prevista naquela lei.
 252. Da mesma forma, o art. 2º do Decreto repete o disposto
 253. no art. 72 da citada Lei. 4. Não há falar que o Autor
 254. "não praticou quaisquer das condutas tipificadas na Lei
 255. 9.605/98", porquanto o § 1º do art. 29 do dispositivo
 256. legal diz que incorre nas penas ali previstas quem
 257. "adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito...
 258. espécimes da fauna silvestre... sem a devida permissão,
 259. licença ou autorização da autoridade competente". **5. No**
 260. **caso, a Lei n. 9.605/98, por si só, já seria suficiente**
 261. **para embasar o auto de infração. 6. Afigura-se**
 262. **irrelevante a alegação de que o Autor detinha os animais**
 263. **desde janeiro de 1997, uma vez que a partir da edição**
 264. **daquela lei a guarda dos animais se tornou irregular,**
 265. **por falta da necessária autorização. 7. O auto de**
 266. **infração é ato administrativo que goza de presunção de**
 267. **legalidade e veracidade, a qual somente pode ser**
 268. **afastada mediante prova robusta a cargo do administrado,**
 269. **o que não foi atendido na hipótese. 8. Apelação**
 270. **parcialmente provida, tão-somente, para declarar que,**
 271. **tendo a assistência judiciária gratuita sido deferida ao**
 272. **Autor, fica sobrestado o pagamento das verbas**
 273. **sucumbenciais enquanto permanecer a situação de pobreza**
 274. **ou "se dentro de cinco anos, a contar da sentença final,**
 275. **o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a**
 276. **obrigação ficará prescrita" (art. 12 da Lei 1.060/50).**
 277. (TRF 1ª REGIÃO - AC 200338000486841 - Relator(a): Des.

278. *Federal* EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES FILHO (Convocado) –
 279. Órgão julgador: QUINTA TURMA - e-DJF1: 24/09/2010,
 280. página: 47 – Decisão: Unânime)

 FRAGMENTO 3

No fragmento 3, o desembargador fundamenta a decisão pela não devolução da ave à parte autora. Argumenta, de início (177-182), que a ignorância da lei não aproveita à parte autora, ora nomeada recorrente, em razão da prescrição contida no art. 3º da LICC (ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece). Seguindo o raciocínio do desembargador, a condição do homem na sociedade é absolutamente irrelevante. A regra aplica-se indistintamente como se todo cidadão brasileiro fosse médio, obscurecendo as mazelas sociais, o analfabetismo, a miséria, que justifica a “escusa” da lei em certas circunstâncias.

Nas linhas seguintes (183-185), o desembargador defende que o dano ambiental e a contribuição para a extinção da espécie são decorrências (lógicas) da retirada da ave de seu *habitat* natural. Para fundamentar a não devolução da arara-vermelha à parte autora, assevera que apenas em situações excepcionais a jurisprudência admite a posse de animais silvestre sem origem lícita (leia-se: registrada pelo IBAMA), não sendo essa a hipótese dos autos. Robustece ainda a posição defendida aduzindo inexistir “qualquer indício nos autos de não-adaptação da ave ao seu novo local de permanência”.

Por fim (linhas 205-208), transcrever decisões exaradas em casos análogos, destacando, em negrito, os trechos que corroboram a decisão pela não devolução da ave à parte autora. Assim, selecionando precedentes no sentido do que afirma, o desembargador busca respaldar a sua decisão.

-
281. Por fim, quanto aos honorários advocatícios
 282. sucumbenciais, nada obsta a condenação da parte recorrente no
 283. pagamento da referida verba, ainda que aquela seja
 284. beneficiária da assistência judiciária gratuita, desde que
 285. observado teor do art. 12 da Lei nº 1.060/50, como inclusive
 286. ressaltou o magistrado *a quo*. No mesmo sentido, ganham relevo
 287. os seguintes arestos, *in verbis*:
288. **DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA**
 289. **GRATUITA. MISERABILIDADE. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO.**

290. ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO RELATIVA.
 291. COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE POBREZA. SÚMULA Nº 7/STJ. 1.
 292. **Inúmeros julgados desta Corte dão conta de que a**
 293. **previsão do art. 12 da Lei 1.060/50 não se trata de**
 294. **isenção, mas de suspensão do pagamento, pelo prazo de**
 295. **cinco anos, caso persista a situação de pobreza. 2.**
 296. **Ademais, a declaração de pobreza goza de presunção**
 297. **relativa, podendo o magistrado indeferir o benefício**
 298. **quando verificar ausente referido estado. 3. Outrossim,**
 299. **a aferição da persistência da condição de**
 300. **miserabilidade, quando o acórdão recorrido afirma o**
 301. **contrário, encontra óbice no verbete sumular nº 07/STJ.**
 302. **4. Agravo regimental a que se nega provimento. (Negrito**
 303. **não original) (STJ - AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO**
 304. **DE INSTRUMENTO – 1215164 - Relator(a): HONILDO AMARAL DE**
 305. **MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP) – Órgão**
 306. **julgador: QUINTA TURMA - DJE: 16/11/2010 – Decisão:**
 307. **Unânime)**
308. PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. HONORÁRIOS
 309. ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO DO BENEFICIÁRIO. CABIMENTO.
 310. OBRIGAÇÃO SOBRESTADA. ART. 12 DA LEI 1.060/50. 1. A
 311. **parte beneficiada pela Assistência Judiciária, quando**
 312. **sucumbente, pode ser condenada em honorários**
 313. **advocatícios, situação em que resta suspensa a prestação**
 314. **enquanto perdurar o estado de carência que justificou a**
 315. **concessão da justiça gratuita, prescrevendo a dívida**
 316. **cinco anos após a sentença final, nos termos do art. 12**
 317. **da Lei 1.060/50. 2. É que "O beneficiário da justiça**
 318. **gratuita não faz jus à isenção da condenação nas verbas**
 319. **de sucumbência. A lei assegura-lhe apenas a suspensão do**
 320. **pagamento pelo prazo de cinco anos se persistir a**
 321. **situação de pobreza." (REsp. 743.149/MS, DJU 24.10.05).**
 322. **Precedentes: REsp. 874.681/BA, DJU 12.06.08; EDcl nos**
 323. **EDcl no REsp. 984.653/RS, DJU 02.06.08; REsp 728.133/BA,**
 324. **DJU 30.10.06; AgRg no Ag 725.605/RJ, DJU 27.03.06; REsp.**
 325. **602.511/PR, DJU 18.04.05; EDcl no REsp 518.026/DF, DJU**
 326. **01.02.05 e REsp. 594.131/SP, DJU 09.08.04. 3. Recurso**
 327. **especial a que se dá provimento. (Negrito não original)**
 328. **(STJ - RESP 1082376 - Relator(a): Min. LUIZ FUX – Órgão**
 329. **julgador: PRIMEIRA TURMA – DJE: 26/03/2009 – Decisão:**
 330. **Unânime)**
331. Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** à apelação.
332. É o voto.

No fragmento 4, o desembargador mantém a condenação da parte autora ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais condicionando-o aos termos do

art. 12 da Lei n.º 1.060/50⁶². A compreensão da decisão, nesse ponto, depende da consulta ao conteúdo do aludido dispositivo legal. Como os precedentes “no mesmo sentido” transcritos determinam a suspensão do pagamento, fica a dúvida se (i) a decisão ordena o pagamento, devendo a parte autora, no cumprimento do julgado, comprovar a permanência do estado de carência, ou (ii) se julga-o devido, mas desde já mantém-no suspenso. Também nesse ponto percebe-se a indiferença do desembargador em relação à condição de hipossuficiência econômica da parte autora.

DECISÃO D

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
PRIMEIRA TURMA JULGADORA
APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003775-96.2011.4.05.8201
DATA DO JULGAMENTO: 04/07/2013 DATA DA PUBLICAÇÃO: 12/07/2013

(relatório)

1. Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente o
2. pedido da parte autora de cancelamento da multa que lhe foi imposta pelo IBAMA
3. em decorrência de sua autuação pela prática ilegal de venda e manutenção em
4. cativeiro de espécimes da fauna silvestre nativa sem autorização, ou ainda, a sua
5. redução em face de sua hipossuficiência financeira.

6. Nas razões do recurso, insiste a parte autora na ilegalidade da
7. multa aplicada e requer, caso ela seja mantida, a sua redução para o patamar
8. mínimo legal.

9. Nas contrarrazões apresentadas, pugna o IBAMA pela
10. manutenção do *decisum*.

11. RELATEI.

FRAGMENTO 1

De forma sucinta, o desembargador traça os contornos da controvérsia. Pelo relatório é possível compreender o cerne do litígio e os pedidos formulados pela parte autora: o cancelamento da multa aplicada pelo IBAMA em decorrência da prática ilegal

⁶²Lei nº 1.060/50, art. 12. A parte beneficiada pelo isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.

de venda e manutenção em cativeiro de espécie da fauna silvestre nativa sem autorização ou a sua redução para o patamar mínimo legalmente previsto. Em seu pedido alternativo, a parte autora apela para que o Tribunal leve em consideração a sua realidade social, ou seja, a sua condição de hipossuficiência econômica.

Nas linhas 6-8, o desembargador repete os pedidos formulados pela parte autora só que, agora, em sede de recurso de apelação. Note-se que o desembargador suprime as razões pelas quais a parte autora defende o cancelamento da multa. Não é possível saber se as razões são de ordem formal (por exemplo, se não lhe foram assegurados a ampla defesa e o devido processo legal na esfera administrativa) ou de mérito (a ilegalidade/inconstitucionalidade da penalidade, a ilegitimidade da aplicação no caso concreto, etc.), obstaculizando o direito recursal para as instâncias superiores.

No relatório, antes de fundamentar a sua decisão, o desembargador já desmerece o pleito principal (o cancelamento da multa) quando afirma que a parte autora “insiste” nessa discussão. Em estado de dicionário, o verbo “insistir” significa, “perseverar”, “persistir”, “obstinar”, “teimar” (FERREIRA, 2009). Assim, considerar o pedido recursal uma “insistência” equivale a dizer, de antemão, que o pleito é infundado, descabido, impertinente, mas mesmo assim a parte autora “teimosamente” recorre, em que pese o recurso de apelação seja a primeira oportunidade que a parte vencida tem para discutir os termos da sentença.

Nas linhas 9-10, o desembargador menciona a apresentação de contrarrazões pelo IBAMA no sentido de manter a sentença, sem expor, todavia, os argumentos apresentados pela parte ré.

(voto)

12. A matéria trazida para deslinde diz respeito à verificação da
 13. legalidade da multa aplicada à parte autora pelo IBAMA em decorrência da venda
 14. e da colocação em cativeiro de espécies de fauna silvestre nativa sem
 15. autorização da autoridade competente ou, em caso de sua manutenção, do
 16. cabimento de sua redução para o patamar mínimo em razão da situação
 17. financeira do postulante.

 18. A alegação de ilegalidade da aplicação da penalidade ora
 19. questionada pelo apelante revela-se sem fundamento.

 20. A ilicitude da conduta do recorrente apresenta-se incontestada,
-

21. porquanto restou comprovada a violação ao art. 29, § 1º, III, da Lei nº 9.605/98,
22. que veda a venda e o cativeiro de espécimes da fauna silvestre, tendo sido,
23. inclusive, objeto de transação penal, através da qual cumpriu o autor a pena
24. restritiva de direitos de prestação pecuniária.

FRAGMENTO 2

O desembargador inicia a fundamentação da decisão apresentando o objeto da controvérsia (linhas 12-17). Na sequência (linhas 18-19), antecipa o resultado do pedido principal formulado pela parte autora, ora nomeada de apelante e/ou recorrente, para só depois fundamentar a decisão tomada.

Nas linhas 20-24, o desembargador assevera que restou comprovada a violação ao art. 29, § 1º, III, da Lei nº 9.605/98⁶³, entretanto não esclarece como chegou a essa conclusão. A justificação de tal assertiva (a comprovação da conduta ilegal) só é apresentada quando, fazendo uso do operador indicativo de destaque “inclusive”, o desembargador enfatiza que a conduta ilícita foi objeto de transação penal, já tendo a parte autora cumprido a respectiva pena na esfera penal. Dessa forma, a infração administrativa é presumida pelo acordo feito pela parte autora na esfera penal.

25. Ocorre, entretanto, que, não obstante a penalização do autor na
26. esfera penal, não fica ele isento da penalidade administrativa que lhe foi imposta
27. pelo IBAMA, no exercício do seu poder de polícia, haja vista a autonomia das
28. referidas instâncias entre si, a teor do § 3º, do art. 225 da CF/88.

29. Por outro lado, não se constatando qualquer mácula no
30. procedimento administrativo instaurado para apuração da conduta do
31. autor/apelante, com a observância do direito à ampla defesa e ao contraditório, a
32. cominação da pena de multa representou apenas um caso típico da subsunção
33. da norma à hipótese concreta.

34. Eis que está a multa prevista como uma das modalidades de
35. pena às infrações de natureza administrativa cometidas contra a fauna no art. 24,
36. § 3º, III, do Decreto nº 6.514/08, afastando-se, assim, a sua suposta ilegalidade.

FRAGMENTO 3

⁶³ Lei nº 9.605/98, art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas: [...]. III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

Fazendo uso do operador de contraposição “entretanto”, o desembargador ressalta que a penalização da conduta ilícita na esfera penal não prejudica a penalização da conduta irregular na seara administrativa, fundamentando a assertiva na norma contida no § 3º, do art. 225 da CF/88⁶⁴. Em seguida (linhas 29-33), utiliza outro operador de contraposição (“por outro lado”) para concluir que o caso é passível de resolução a partir da regra da subsunção. Note-se que o desembargador chega à conclusão de que a controvérsia corresponde ao que Dworkin chama de **caso fácil**, após afirmar que o processo administrativo transcorreu dentro da legalidade, respeitando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Entretanto, da decisão não é possível saber se a parte autora questiona a legalidade do processo administrativo.

O relatório, como ressaltado, omite as razões pelas quais a parte autora defende a inaplicabilidade da multa cominada. Assim, o desembargador sela a “verdade” da regularidade do processo administrativo para então resolver a controvérsia mediante a regra da subsunção. Nas linhas 34-36, o desembargador chega ao resultado da operação subsuntiva: a correção da aplicação da multa administrativa prevista no art. 24, § 3º, III, do Decreto nº 6.514/08⁶⁵, que regulamenta as infrações administrativas previstas na Lei n.º 9.605/98.

A fundamentação da decisão, nesse ponto, tem como finalidade principal comprovar que a resolução da controvérsia está em conformidade com a lei.

⁶⁴ CF/88, art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

⁶⁵ Decreto nº 6.514/08, art. 24. Matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:
Multa de: I - R\$ 500,00 (quinhentos reais) por indivíduo de espécie não constante de listas oficiais de risco ou ameaça de extinção; II - R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por indivíduo de espécie constante de listas oficiais de fauna brasileira ameaçada de extinção, inclusive da Convenção de Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção - CITES. § 1º As multas serão aplicadas em dobro se a infração for praticada com finalidade de obter vantagem pecuniária. § 2º Na impossibilidade de aplicação do critério de unidade por espécime para a fixação da multa, aplicar-se-á o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por quilograma ou fração. § 3º Incorre nas mesmas multas: [...] III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade ambiental competente ou em desacordo com a obtida.

-
37. Acato, porém, a irresignação do apelante no tocante ao montante
38. fixado.
39. Na aplicação da multa por infração ambiental, deverão ser
40. considerados os parâmetros previstos no art. 6º da Lei nº 9.605/98, *in verbis*:
41. *Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade*
42. *competente observará:*
43. *I – a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e*
44. *suas consequências para a saúde pública e para o meio*
45. *ambiente;*
46. *II – os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da*
47. *legislação de interesse ambiental;*
48. *III – a situação econômica do infrator, no caso de multa.*
49. Considerando o caráter educativo das sanções e as reais
50. condições financeiras do apelante, que é beneficiário da justiça gratuita, auxiliar
51. de serviços gerais e pai de 04 crianças menores de idade, e, em consonância
52. com os **princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**, reconheço o direito
53. do autor à redução do valor da multa estabelecido.
54. Outrossim, considero, ainda, a substituição, na esfera penal, da
55. pena restritiva de direito de prestação pecuniária no valor de R\$ 50,00 (cinquenta
56. reais) destinada à instituição de caridade pelo apelante como mais uma razão
57. para estabelecer um valor mais condizente com a capacidade econômica do
58. autor.

FRAGMENTO 4

O fragmento 4 inicia-se com a exposição do resultado do pleito alternativo: a acatamento do pedido de redução da multa. Ato contínuo (linhas 39-48), o desembargador fundamenta a decisão transcrevendo o art. 6º da Lei n.º 9.605/98 que prevê os parâmetros a serem observados pela autoridade competente na aplicação e gradação da penalidade por infração ambiental, entre os quais, enfatiza a situação econômica do infrator, no caso de multa.

Nas linhas 49-53, o desembargador contextualiza as peculiaridades do caso, demonstrando a situação de pobreza da parte autora por sê-la beneficiária da justiça gratuita, auxiliar de serviços gerais e pai de quatro crianças menores de idade. Circunstâncias que, a seu ver, não foram levadas em consideração pela autoridade competente ao cominar a multa em questão. Para reforçar a necessidade de adequação do valor da pena pecuniária à situação econômica do infrator, o

desembargador alude aos **princípios da proporcionalidade e da razoabilidade** para fundamentar juridicamente sua posição pela redução do valor da multa.

No intuito de convencer o acerto da decisão, o desembargador também invoca o valor da multa aplicada na esfera penal, no importe de R\$ 50,00 (cinquenta reais), em substituição à pena restritiva de direito, “como mais uma razão para estabelecer um valor mais condizente com a capacidade econômica do autor”.

A decisão enxerga o caso concreto com lentes sociais, buscando o sentido justo da norma punitiva a partir da adequação do valor da multa à condição socioeconômica da parte autora, atentando para o contexto no qual se desenvolve a controvérsia.

59. No mesmo sentido são alguns dos precedentes já firmados em
60. casos semelhantes a dos autos pelas Turmas deste e. Tribunal:
61. *ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. MULTA. HIPOSSUFICIÊNCIA*
62. *ECONÔMICA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E*
63. *PROPORCIONALIDADE.*
64. *1. Apelação de sentença que julgou procedente o pedido para*
65. *determinar a redução de multa imposta pela autarquia ambiental*
66. *em virtude de autuação de aves silvestres na residência do autor,*
67. *sob fundamento de que o infrator é possuidor de baixa renda,*
68. *ante os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa*
69. *humana.*
70. *2. Possibilidade do Poder Judiciário de apreciar a*
71. *proporcionalidade da penalidade aplicada pela administração e*
72. *reduzir multa imposta em patamar excessivo, sem que com isso*
73. *configure invasão de mérito administrativo, conforme amplo*
74. *entendimento jurisprudencial.*
75. *3. A infração ambiental no caso concreto consistiu na autuação*
76. *do autor em sua residência pela posse de quatro aves silvestres,*
77. *nos termos do inciso I do art. 24 do Decreto nº 6.417/2008, que*
78. *estabelece a multa de R\$ 500,00 por indivíduo de espécie não*
79. *constante de listas oficiais de risco ou ameaçada de extinção,*
80. *fato reconhecido pela parte autora, do que se deduz pela*
81. *regularidade da medida administrativa, resumindo-se a questão*
82. *na apreciação da hipossuficiência econômica do infrator.*
83. *4. O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido*
84. *de que a hipossuficiência econômica alegada pela parte autora*
85. *para fins de gratuidade judiciária goza de presunção relativa de*
86. *veracidade e somente pode ser desconstituída por meio de prova*
87. *em contrário, o que não se verificou nos presentes autos, haja*
88. *vista que o IBAMA não impugnou oportunamente a sua*
89. *concessão, e que o reconhecimento de que o autor não tem*
90. *capacidade econômica para arcar com os custos processuais*
91. *induz que também não é capaz de pagar multa no valor de R\$*
92. *2.000,00, sem o risco de comprometer o custeio de suas*
93. *necessidades básicas.*

94. 5. Consta dos autos termo de audiência, na qual o Ministério
 95. Público propôs transação penal no valor de R\$ 250,00, em três
 96. parcelas, valor que se entende **razoável e proporcional** à
 97. capacidade econômica do autor, valor a que foi reduzida a multa
 98. pela sentença.
99. 6. Improcede o argumento da apelante de que não houve
 100. sucumbência total, porquanto foi acatado pedido subsidiário,
 101. porque a cumulação eventual dos pedidos alcança a pretensão
 102. do autor de ter o acolhimento de um deles, apresentados em
 103. ordem de preferência e que, acolhido um entre os pedidos
 104. formulados, a sucumbência da parte adversa é total, em respeito
 105. à licitude reconhecida pelo art. 289 do CPC de formular mais de
 106. um pedido em ordem sucessiva.
107. 7. Improvimento da apelação.
 108. (PROCESSO: 00039158120124058400, AC552348/RN,
 109. RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE
 110. CARVALHO (CONVOCADO), Quarta Turma, JULGAMENTO:
 111. 22/01/2013, PUBLICAÇÃO: DJE 24/01/2013 - Página 438)
112. ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. AUTO
 113. DE INFRAÇÃO. MULTA. REDUÇÃO DO VALOR.
 114. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA
 115. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.
116. 1. Pretende o IBAMA reformar parcialmente a sentença proferida
 117. em ação de anulação de auto de infração c/c indenização por
 118. danos materiais e morais, que, julgando parcialmente procedente
 119. o pleito autoral, reduziu de dez mil para cinco mil reais o valor da
 120. multa aplicada ao ora recorrido na primeira autuação, mantendo,
 121. entretanto, o valor de dez mil reais da penalidade pecuniária
 122. imputada no segundo auto infracional.
123. 2. O autor, ora recorrido, qualificado como pescador profissional,
 124. mas, segundo depoimentos e informação do CNIS, com vínculo
 125. empregatício na Prefeitura Municipal de João Pessoa, foi autuado
 126. duas vezes (em abril e em julho de 2007), com base no art. 19, II,
 127. do Decreto nº 3.179/99 ("pescar [...] mediante a utilização de
 128. aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos"), por
 129. portar aparelho de ar comprimido (compressor) em embarcação
 130. pesqueira de sua propriedade.
131. 3. "Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade
 132. competente observará [...] a situação econômica do infrator, no
 133. caso de multa" (art. 6º, III, da Lei nº 9.605/98).
134. 4. Embora o valor da multa fixado pelo IBAMA esteja dentro dos
 135. parâmetros legais (de R\$700,00 a R\$100.00,00), considerando o
 136. contexto fático específico do caso, tal quantia é abusiva. Ora,
 137. mesmo que o recorrido também tenha vínculo empregatício com a
 138. Prefeitura de João Pessoa, possivelmente a sua remuneração
 139. não é maior que um salário mínimo mensal. Assim, ainda que se
 140. some tal rendimento aos novecentos reais mensais auferidos com
 141. a atividade pesqueira (estimados ante a informação de uma das
 142. testemunhas), vê-se que a situação econômica do apelado não
 143. recomenda a fixação da multa em dez mil reais, considerando,
 144. ademais, que tal valor é igual ao atribuído pelo próprio IBAMA à
 145. embarcação do recorrido, quando das autuações.
146. 5. Ressalte-se, por outro lado, que, como apenas uma das multas

147. *foi reduzida, o autor ainda deverá arcar com quinze mil reais,*
 148. *somadas as duas penalidades, importância que, dadas as*
 149. *circunstâncias fáticas do caso concreto, mostra-se mais*
 150. *consentânea com os princípios da razoabilidade e da*
 151. ***proporcionalidade***, *também observáveis pela Administração e de*
 152. *cujo exame não se pode furta o Judiciário, a despeito da*
 153. *discricionariedade administrativa na fixação do valor da multa.*
 154. *6. Apelação à qual se nega provimento.*
 155. *(PROCESSO: 200882000001591, AC499183/PB, RELATOR:*
 156. *DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI,*
 157. *Primeira Turma, JULGAMENTO: 20/09/2012, PUBLICAÇÃO: DJE*
 158. *28/09/2012 - Página 136)*
159. Posto isso, dou parcial provimento à apelação do autor para
 160. assegurar-lhe a redução da multa para o valor mínimo de R\$ 50,00, por pássaro,
 161. que deverá ser atualizado monetariamente.
162. ASSIM VOTO.

 FRAGMENTO 5

No fragmento 5, o desembargador, em reforço argumentativo, transcreve precedentes jurisprudenciais, do Tribunal do que faz parte, nos quais também foi acatada a redução do valor da multa com base nos **princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**. Por fim, o desembargador expõe a decisão por dar parcial provimento ao recurso de apelação, assegurando a redução da multa para o valor mínimo de R\$ 50,00⁶⁶, por pássaro, estando esse valor sujeito à atualização monetária.

Ao final da decisão, toma-se conhecimento de que o objeto da prática ilegal de venda e manutenção em cativeiro de espécie da fauna silvestre nativa sem autorização são pássaros, contudo, não resta esclarecido a quantidade de pássaros sobre a qual incidirá a multa. Também não é possível compreender a partir de que momento incidirá a correção monetária. Nessa etapa final, o desembargador obscurece a parte da decisão favorável ao pleito autoral.

Numa análise comparativa é possível perceber as seguintes contradições:

⁶⁶ Eis o disposto no Decreto nº 6.514/08 que regulamenta as infrações administrativas previstas na Lei n.º 9.605/98: Art. 8º A multa terá por base a unidade, hectare, metro cúbico, quilograma, metro de carvão-mdc, estéreo, metro quadrado, dúzia, estipe, cento, milheiros ou outra medida pertinente, de acordo com o objeto jurídico lesado. Parágrafo único. O órgão ou entidade ambiental poderá especificar a unidade de medida aplicável para cada espécie de recurso ambiental objeto da infração. Art. 9º O valor da multa de que trata este Decreto será corrigido, periodicamente, com base nos índices estabelecidos na legislação pertinente, sendo o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

DECISÃO C

- O desembargador omite as razões pelas quais a parte autora alega não possuir condições financeiras para honrar com a penalidade aplicada pelo IBAMA.
- O desembargador não leva em consideração o art. 6º da Lei nº 9.605/98 que prevê entre os parâmetros da gradação da penalidade ambiental a situação econômica do infrator.
- O desembargador encontra uma “saída” processual para não apreciar o pedido de redução da multa em razão da hipossuficiência financeira da parte autora, ignorando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.
- A despreocupação com as questões sociais que permeiam a controvérsia sinaliza o olhar do magistrado para a aplicação da literalidade da lei à revelia do cenário factual.

DECISÃO D

- O desembargador contextualiza a situação financeira da parte autora, enfatizando tratar-se de “beneficiário da justiça gratuita, auxiliar de serviços gerais e pai de 04 crianças menores de idade”.
- O desembargador considera os parâmetros da gradação da penalidade ambiental previstos no art. 6º da Lei nº 9.605/98 para reduzir a multa a partir da situação econômica do infrator.
- O desembargador reduz a multa aplicada pelo IBAMA com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, em razão da hipossuficiência financeira do infrator.
- O desembargador olha para o contexto factual na sua decisão pela redução da multa aplicada pelo IBAMA.

*5.2.3. Terceiro par: decisões E e F***DECISÃO E**

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
 SEGUNDA TURMA JULGADORA
 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001139-08.2012.4.05.8401
 DATA DO JULGAMENTO: 15/01/2013 – DATA DA PUBLICAÇÃO: 25/01/2013

(relatório)

1. Trata-se de apelação da Universidade Federal Rural do Semi-Árido –
2. UFERSA, em face da sentença (fls. 71/74) proferida pelo Juiz Federal XXXX XXXX XXXXXX,

3. em exercício na 8ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, que, ratificando a liminar
4. anteriormente concedida, concedeu a segurança pleiteada, para declarar o direito do
5. impetrante a ser matriculado no Curso de Ciência e Tecnologia da Universidade Federal Rural
6. do Semi-Árido, independentemente de apresentação do certificado de conclusão do ensino médio.

7. Nas razões do apelo, a recorrente alega que o impetrante não preenche
8. os requisitos legais estabelecidos no art. 44, II, da Lei nº 9.394/96; no art. 5º da Portaria nº
9. 807/2010 do Ministério da Educação, e na Portaria Normativa nº 16/2011 de 27.07.2011 do
10. MEC, para ingressar no ensino superior, tendo em vista não haver concluído o ensino médio
11. ou ter no mínimo 18 anos de idade, portanto, inexistente direito líquido e certo a ser garantido
12. por meio de mandado de segurança. Transcreve jurisprudência para reforçar sua tese.

13. Requer a denegação da segurança.

14. É o relatório.

FRAGMENTO 1

De acordo com o relatório do acórdão (linhas 1-6), o recurso sob análise foi interposto pela UFERSA contra sentença prolatada em mandado de segurança que garantiu o direito da parte autora, nomeada de impetrante, de ser matriculada no curso de ciência e tecnologia daquela universidade, independentemente da apresentação do certificado de conclusão do ensino médio. Nas linhas subsequentes (7-12), o desembargador narra as razões do recurso de apelação. Para a UFERSA, a parte autora não teria direito líquido e certo a ser garantido por intermédio de mandado de segurança na medida em que não preencheu os requisitos legais para ingressar no ensino superior, quais sejam: (i) não conclusão do ensino médio; ou (ii) ter no mínimo 18 anos de idade.

O relatório não faz menção à apresentação de contrarrazões ao recurso de apelação, não permitindo saber se a parte autora exerceu ou não o seu direito de defesa. Tal omissão prejudica o exercício do direito recursal para as Cortes Superiores (STJ e STF), cuja análise jurídica ficará adstrita ao cenário fático relatado no acórdão.

(voto)

15. O cerne da controvérsia trazida no presente recurso consiste em saber
16. se o apelado – XXXX XXXX XXX XXX XXXX – faz jus ao certificado equivalente
17. à conclusão do ensino médio, com base nas notas obtidas no Exame Nacional de Ensino Médio
18. - ENEM 2011, nos termos da Portaria Normativa nº 16, de 27 de julho de 2011, sendo
19. ele menor que 18 (dezoito) anos.

20. Consoante prevê o art. 44, II, da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e
 21. Bases da Educação Nacional), o ingresso em curso de graduação está condicionado a regular
 22. conclusão do ensino médio:
23. *Art. 44. A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas:*
 24. (...) *(...)*
 25. *II – de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio*
 26. *ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo; (...)*
27. A Portaria Normativa nº 16-MEC, de 27 de julho de 2011, que dispõe
 28. sobre certificação no nível de conclusão do Ensino Médio ou Declaração de proficiência com
 29. base no Exame Nacional de Ensino Médio (Enem), assim estabelece:
30. *Art. 1º O interessado em obter certificação no nível de conclusão do ensino*
 31. *médio ou declaração de proficiência com base no Exame Nacional de Ensino*
 32. *Médio-ENEM, deverá atender aos seguintes requisitos:*
 33. *I – possuir 18 (dezoito) anos completos até a data de realização da primeira*
 34. *prova do ENEM;*
 35. *II – ter atingido o mínimo de 400 pontos em cada uma das áreas de*
 36. *conhecimento do ENEM;*
 37. *III – ter atingido o mínimo de 500 pontos na redação.*
38. *Art. 3º Compete às Secretarias de Educação dos Estados e aos Institutos*
 39. *Federais de Educação, Ciência e Tecnologia, definir os procedimentos*
 40. *complementares para certificação no nível de conclusão do ensino médio com*
 41. *base nas notas do ENEM.*
 42. *§ 1º As Secretarias de Educação dos Estados e os Institutos Federais de*
 43. *Educação, Ciência e Tecnologia poderão aproveitar as notas de uma ou mais*
 44. *áreas de conhecimento avaliadas no ENEM, de acordo com o interesse e a*
 45. *solicitação de certificação no nível de conclusão do ensino médio ou*
 46. *declaração de proficiência.*
47. *Art. 4º A certificação pelo ENEM destina-se, prioritariamente, às pessoas*
 48. *que não concluíram o Ensino Médio em idade apropriada, inclusive às*
 49. *pessoas privadas de liberdade e que estão fora do sistema escolar regular.*
50. É de ressaltar que, a Portaria nº 10/2012 manteve a previsão da
 51. portaria nº 16/2011, quanto ao requisito idade, para se obter certificação no nível de conclusão
 52. do ensino médio com base no Exame Nacional de Ensino Médio-ENEM.
53. Percebe-se, assim, que não basta ao interessado, para a obtenção de
 54. certificado de conclusão do ensino médio por meio do ENEM, atingir a pontuação mínima
 55. prevista nas Portarias supracitadas, sendo necessário, também, preencher o requisito etário,
 56. qual seja, ser maior de 18 (dezoito) anos.

Nas linhas 15-19, o desembargador sintetiza a querela: saber se a parte autora, nomeada de apelado, à luz do teor da Portaria n.º 16/2011 do MEC, faz jus ao certificado de conclusão do ensino médio com base na nota do ENEM, sendo ele menor

de 18 anos. Na sequência (linhas 20-49), passa a transcrever trechos dos dispositivos legais que considera essenciais ao deslinde da controvérsia, são eles: o art. 44, inciso II, da Lei n.º 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e os arts. 1º, 3º e 4º da Portaria n.º 16/2011 do MEC, que dispõe sobre a certificação de conclusão do ensino médio ou declaração de proficiência com base na nota do ENEM.

De acordo com o art. 44, inciso II, da Lei n.º 9.394/96 são duas as condições de ingresso na graduação do ensino superior: (i) a conclusão do ensino médio ou equivalente e (ii) a classificação em processo seletivo (atualmente, o ENEM). Excetuando a regra, a Portaria n.º 16/2011 do MEC prevê a possibilidade do estudante obter a certificação de conclusão do ensino médio ou declaração de proficiência desde que preencha dois requisitos: (i) possuir 18 anos completos até a realização da primeira prova do ENEM e (ii) atingir pontuação satisfatória no exame do ENEM (400 pontos em cada uma das áreas de conhecimento e 500 pontos na redação, no mínimo).

A Portaria cria uma prioridade ao método excepcional de certificação de conclusão de ensino médio que, de forma implícita, expõe a finalidade da regra extravagante (beneficiar as pessoas que não concluíram o ensino médio em idade apropriada, inclusive às pessoas privadas de liberdade e que estão fora do sistema escolar regular), ao passo em que dá brecha para que outras pessoas também sejam favorecidas com tal regramento, já que esse método de obter o certificado de conclusão do ensino médio não é “exclusivamente” destinado às pessoas que não o concluíram em idade apropriada.

Nas linhas 50-52, o desembargador ressalta que norma superveniente (a Portaria n.º 10/2012) manteve a exigência contida na Portaria n.º 16/2011 do MEC quanto ao requisito etário para obtenção da certificação de conclusão do ensino médio ou declaração de proficiência. Para então concluir, conforme a literalidade da norma legal, que o requisito da idade é tão necessário quanto atingir a pontuação satisfatória na prova do ENEM.

57. Nesse sentido, trago à colação os precedentes jurisprudenciais deste
58. eg. Tribunal, *in verbis*:

59. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO.
60. UNIVERSIDADE. MATRÍCULA. CONCLUSÃO DO ENSINO
61. MÉDIO. INOCORRÊNCIA. APROVAÇÃO NO ENEM. PORTARIAS
62. Nº 04, DE 11.02.2010, E N.º 16, DE 27.07.2011, AMBAS DO
63. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. NÃO PREENCHIMENTO PELO
64. AGRAVADO DOS REQUISITOS PARA CERTIFICAÇÃO NO NÍVEL
65. DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. NÃO POSSUÍA A IDADE
66. MÍNIMA DE 18 ANOS NA DATA DA REALIZAÇÃO DA PRIMEIRA
67. PROVA DO ENEM. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.
68. 1. Para a obtenção de certificação de conclusão de nível médio, utilizando
69. o resultado do ENEM, há de se observar os requisitos previstos no art. 2º,
70. I, da Portaria Normativa n.º 4, de 11/02/2010 e art. 1º, I, da Portaria
71. Normativa n.º 16, de 27/07/2011, ambas do MEC, dentre eles, a idade
72. mínima de 18 anos, em consonância com o seu objetivo, qual seja, o
73. atendimento diferenciado aos jovens e adultos que não tiveram acesso ou
74. continuidade de estudos, na idade própria, situação fática na qual não se
75. enquadra o recorrido.
76. 2. O agravado, à época da realização da primeira prova do ENEM 2011,
77. não havia completado 18 (dezoito) anos, inclusive, até a presente data não
78. atingiu a maioridade, possuindo apenas 16 (dezesesseis) anos, circunstância
79. admitida pelo próprio recorrido nas razões do mandamus.
80. 3. Não se vislumbra a impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o
81. agravado, em tese, pode discutir judicialmente a matéria objeto deste
82. recurso, mas sim hipótese de cassação da decisão agravada, pelos
83. fundamentos expostos. 4. Agravo de instrumento parcialmente provido.
84. (AG123028/CE, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti,
85. Primeira Turma, 31/05/2012, DJE 08/06/2012 - Página 26)
86.
87. ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS.
88. MATRÍCULA. CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO.
89. INOCORRÊNCIA. APROVAÇÃO NO ENEM. PORTARIA Nº 04, DE
90. 11.02.2010, DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. NÃO
91. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA CERTIFICAÇÃO NO
92. NÍVEL DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO.
93. I. De acordo com o art. 44, II, da Lei n. 9.394/96, não há como se alegar
94. qualquer tipo de ilegalidade na atuação da instituição agravada, visto que
95. aqueles que não concluíram o ensino médio desatendem à exigência para o
96. ingresso no ensino superior.
97. II. O agravante também não atendeu às disposições do art. 2º da Portaria
98. Normativa n. 04, de 11.02.2010, do Ministério da Educação, pois, apesar
99. de ter atingido o mínimo de pontos em cada uma das áreas de
100. conhecimento do ENEM, não possuía a idade mínima de 18 (dezoito) anos
101. na data da realização da primeira prova do ENEM, o que impossibilita o
102. pedido de certificação de conclusão do Ensino Médio.
103. III. Agravo de instrumento improvido. Embargos de declaração
104. prejudicados. (AG123087/AL, Relatora: Des Federal Margarida
105. Cantarelli, Quarta Turma, 29/05/2012, DJE 31/05/2012 - Página 695)
106. ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDADE. MATRÍCULA.
107. CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. INOCORRÊNCIA.
108. APROVAÇÃO NO ENEM. PORTARIA Nº 04, DE 11.02.2010, DO
109. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. NÃO PREENCHIMENTO DOS
110. REQUISITOS PARA CERTIFICAÇÃO NO NÍVEL DE CONCLUSÃO
111. DO ENSINO MÉDIO.

112. *I. De acordo com o art. 44, II, da Lei nº 9.394/96, aqueles que não*
 113. *concluíram o segundo grau desatendem à exigência para o ingresso no*
 114. *ensino superior, caso dos autos. II. O agravante também não atendeu às*
 115. *disposições do art. 2º da Portaria Normativa nº 4, de 11.02.2010, do*
 116. *Ministério da Educação, pois, apesar de ter atingido o mínimo de pontos*
 117. *em cada uma das áreas de conhecimento do ENEM, não possuía a idade*
 118. *mínima de 18 (dezoito) anos na data da realização da primeira prova do*
 119. *ENEM, o que impossibilita o pedido de certificação de conclusão do*
 120. *Ensino Médio.*
 121. *III. Agravo de instrumento improvido. (AG113585/CE, Rel. Des. Federal*
 122. *Danielle de Andrade e Silva Cavalcanti (Convocada), Quarta Turma,*
 123. *12/04/2011, DJE 19/04/2011 - Página 406)*

FRAGMENTO 3

Em reforço argumentativo, no fragmento 3, o desembargador transcreve três precedentes do mesmo Tribunal em sentido análogo às conclusões já chegadas. Trata-se de uma estratégia de persuasão quanto ao acerto da decisão.

124. Destarte, impõe-se a reforma da sentença vergastada, diante da
 125. ausência de direito líquido e certo ao certificado de conclusão do ensino médio com base nas
 126. notas obtidas no ENEM, porquanto não preenchido, na data de realização do referido exame,
 127. o requisito de idade previsto na Portaria Normativa nº. 16/2011 e 10/2012-MEC, na medida
 128. em que o impetrante até o presente momento não completou 18 (dezoito) anos.
129. Entender de modo contrário significaria desvirtuar a finalidade
 130. precípua da norma em debate, prevista na Portaria Normativa nº. 16/2011 e ratificada pela
 131. Portaria nº 10/2012 do MEC, qual seja, o atendimento diferenciado aos jovens e adultos que
 132. não tiveram acesso ou continuidade dos estudos, na idade própria, bem como às pessoas
 133. privadas de liberdade e que estão fora do sistema escolar regular, situação fática na qual não se
 134. enquadra o apelante.
 135. Com essas considerações, dou provimento à apelação e à remessa oficial.
136. É como voto.

FRAGMENTO 4

Fazendo uso do operador de conclusão “destarte” o desembargador anuncia a reforma da sentença, concluindo pela inexistência de direito líquido e certo da parte autora ao certificado de conclusão do ensino médio com base nas notas do ENEM por sê-la menor de 18 anos. Dessa forma, o desembargador nega o direito da parte autora à certificação que viabiliza o ingresso na universidade, silenciando sobre a incidência das balizas da proporcionalidade e razoabilidade para flexibilizar a rigidez da regra.

Em seguida (linhas 129-134), o desembargador defende a tomada da decisão lançando mão do método teleológico de interpretação, quer dizer, buscando justificar a conclusão do julgado a partir do alcance da finalidade social da norma. É indiscutível que o Direito presta-se à pacificação das relações sociais. O art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil reforça esse conteúdo teleológico prevendo que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Não obstante a finalidade social ser o guia para a aplicação do Direito, o uso desse método interpretativo não passa de mais uma estratégia de persuasão.

Para Lúcio Grassi:

Ao invocar determinado meio interpretativo, muitas vezes está o juiz demonstrando sua opção por uma estratégia hermenêutica e assim, está revelando que sua ação é socialmente compreensível e conforme as regras existentes. Os meios interpretativos foram reconhecidos pela doutrina tradicional como ferramentas do decisor que determinariam a área de soluções justificáveis, evitando-se soluções estranhas ao sistema jurídico. Porém, ninguém até hoje conseguiu construir uma teoria da interpretação jurídica, com base na utilização ordenada ou hierarquizada de tais meios interpretativos. (2000, p. 134-136).

A escolha (livre) do método teleológico de interpretação revela a intenção do desembargador de não justificar a decisão apenas pela regra da subsunção. Observa-se que o desembargador enfatiza a finalidade da norma como sendo “o atendimento diferenciado aos jovens e adultos que não tiveram acesso ou continuidade dos estudos, na idade própria, bem como às pessoas privadas de liberdade e que estão fora do sistema escolar regular”, omitindo-se acerca do fato de a mesma norma utilizar o termo “prioritariamente” e não “exclusivamente” para beneficiar as pessoas que não concluíram o ensino médio em idade apropriada.

Tal discussão, silenciada no caso concreto, poderia levar à conclusão de que a Portaria possibilita que pessoas abaixo de 18 anos também obtenham a aludida certificação, uma vez demonstrada a capacitação para seguir na próxima etapa do sistema educacional: o ingresso no ensino superior.

DECISÃO F

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
TERCEIRA TURMA JULGADORA
APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001200-63.2012.4.05.8401
DATA DO JULGAMENTO: 04/04/2013 – DATA DA PUBLICAÇÃO: 12/04/2013

(relatório)

1. Tem-se aqui apelação e remessa oficial em face de sentença que,
2. ratificando liminar anteriormente concedida, nos autos de mandado de
3. segurança impetrado por particular em desfavor do IFRN – Instituto Federal de
4. Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte, deferiu a segurança
5. para declarar o direito da impetrante ao fornecimento do certificado de
6. conclusão do Ensino Médio pelo impetrado.

7. Isenção de custas e honorários advocatícios (Súmula 512-STF e
8. art. 25, da Lei nº 12.016/09).

9. Aduz o Instituto, em sua peça recursal, ter agido em consonância
10. com a Portaria Normativa – MEC, nº 16/2011, art. 1º (*sic*) estabelece que o
11. interessado em obter certificação no nível de conclusão do ensino médio ou
12. declaração de proficiência com base no Exame Nacional de Ensino Médio –
13. ENEM, deverá possuir 18 (dezoito) anos completos até a data de realização da
14. primeira prova do ENEM (art. 1º, inciso I; razão pela qual o Edital nº 29/2011-
15. PROEN/IFRN, previu, em seu item 2 “a” comprovação de possuir 18 (dezoito)
16. anos completos até a data de realização da primeira prova do ENEM. Por fim,
17. requer a reforma do julgado.

18. Parecer do *Parquet* Federal pelo improvimento dos recursos.

19. É o relatório.

FRAGMENTO 1

O desembargador relata tratar-se a hipótese de remessa oficial e apelação interposta pelo IFRN contra sentença que, dando provimento a mandado de segurança, declarou o direito da parte autora à obtenção do certificado de conclusão do ensino médio (linhas 1-6). Segundo o relatório (linhas 9-17), o IFRN, em suas razões de apelação, alega ter agido em conformidade com a Portaria Normativa nº 16/2011 do MEC quando previu no edital nº 29/2011 – PROEN/IFRN, em seu item 2 “a”, a comprovação de o candidato possuir 18 anos completos até a data de realização da primeira prova do ENEM. Requerendo, por conseguinte, a reforma do julgado.

Na linha 18, relata ainda que o parecer do Ministério Público foi pelo improvimento dos recursos, embora não esclareça quais foram os argumentos adotados pelo *Parquet* Federal. Note-se que o relatório não faz menção à interposição de contrarrazões à apelação. Não sendo possível saber se a parte autora exerceu ou não o seu direito de defesa.

(voto)

20. Cumpridos os requisitos de admissibilidade, admito os recursos.
 21. Ao que se infere dos autos, a impetrante/apelada teve indeferido
 22. o seu pedido de Certificado de Ensino Médio, visto ter sido aprovada no
 23. ENEM/2011, para fins de matrícula em Curso Superior de Engenharia Civil da
 24. Universidade Potiguar – UnP, em razão de não possuir 18 anos completos,
 25. nos moldes de edital e Portaria 16/2011-MEC.
26. Em que pese os argumentos expendidos no recurso do Instituto,
 27. tenho que a ação merece ser acolhida.
28. Para tanto, valho-me dos fundamentos estampados na sentença,
 29. que destaco:
30. *“Trata-se na espécie de Mandado de Segurança, com pedido*
 31. *liminar, contra ato do Coordenador de Administração Escolar do*
 32. *Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio*
 33. *Grande do Norte - IFRN, que indeferiu o pedido administrativo*
 34. *feito pela impetrante para emissão de certificado de conclusão de*
 35. *ensino médio.*
36. *Compulsando os autos, constata-se que a negativa da autoridade*
 37. *impetrada em expedir o diploma de conclusão do Ensino Médio a*
 38. *impetrante - apesar de esta figurar em lista de bolsistas*
 39. *aprovados do ENEM/PROUNI para o curso de Engenharia Civil*
 40. *da Universidade Potiguar - teve por fundamento o previsto no*
 41. *Edital nº 29/2011 PROEN/IFRN, especificamente em seu item 2,*
 42. *"a", que exige do candidato a comprovação de que possui 18*
 43. *(dezoito) anos completos quando da realização da primeira prova*
 44. *do ENEM/2011.*
45. *O aludido condicionamento, para além de não ter qualquer*
 46. *embasamento legal, ofende diretamente a Constituição, pois,*
 47. *ignorando o critério da meritocracia, regedor do acesso às*
 48. *universidades, o substitui por outro, o critério etário, que não*
 49. *encontra respaldo no nosso ordenamento jurídico.*
50. *Com efeito, nem a Constituição Federal tampouco nenhuma lei*
 51. *estabelece que o ingresso no ensino superior pressuponha a*
 52. *maioridade civil do estudante. Exige-se apenas que o candidato*
 53. *demonstre capacidade intelectual, a qual é avaliada por meio*
 54. *quer de vestibulares quer, mais recentemente, do*
 55. *ENEM/PROUNI.*

56. *Sobre o ponto, é importante lembrar que a Constituição Federal*
 57. *consagra, em seu art. 208, V, o princípio da meritocracia no que*
 58. *diz respeito ao acesso às universidades, verbis:*
59. *Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado*
 60. *mediante a garantia de: (...)*
 61. *V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da*
 62. *criação artística, segundo a capacidade de cada um;*
63. *No mesmo sentido é o disposto no art. 54, V, do ECA, que*
 64. *reafirma a observância do critério "mérito" quando trata do direito*
 65. *de acesso das crianças e adolescente à educação superior,*
 66. *litteris:*
67. *Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:*
 68. *(...)*
 69. *V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da*
 70. *criação artística, segundo a capacidade de cada um;*
71. *Além disso, e em consonância com os dispositivos constitucional*
 72. *e legal acima transcritos, o próprio edital do ENEM, no seu item*
 73. *6.9.1, permite a utilização dos resultados obtidos em suas provas*
 74. *para fins de certificação de conclusão de ensino médio. Veja-se:*
75. *6.9. DA CERTIFICAÇÃO EM NÍVEL DE CONCLUSÃO DO*
 76. *ENSINO MÉDIO*
 77. *6.9.1 Os resultados do ENEM podem ser utilizados para fins de*
 78. *certificação de conclusão do Ensino Médio, a critério das*
 79. *Instituições Certificadoras, listadas no Anexo I deste Edital, que*
 80. *firmaram Acordo de Cooperação Técnica para esse fim.*
81. *Ressalte-se que, mesmo diante da ressalva acima no sentido de*
 82. *que a certificação ficaria a critério das Instituições Certificadores*
 83. *indicadas no Anexo I do edital (no qual o IFRN está incluído), e*
 84. *não obstante o item 6.9.2 do mencionado edital estabelecer que*
 85. *compete àquelas instituições "definir os procedimentos para*
 86. *certificação de conclusão do Ensino Médio com base nos*
 87. *resultados do ENEM", ainda assim não se pode admitir uma*
 88. *completa e absoluta liberdade na definição desses critérios e*
 89. *procedimentos.*
90. *É que estes necessariamente devem manter uma relação*
 91. *harmoniosa com os preceitos constitucionais e legais pertinentes,*
 92. *o que não se deu no caso.*
93. *No caso em tela, a impetrante comprova sobejamente, pelos*
 94. *resultados obtidos na prova, estar apta a ocupar uma vaga no*
 95. *Curso de Engenharia Civil - UNP, superando em conhecimento e*
 96. *raciocínio muitos outros candidatos.*
97. *Por conseguinte, preencheu a requerente o requisito consagrado*
 98. *na Magna Carta consubstanciado no "mérito", não podendo ser*
 99. *alijada do seu direito líquido e certo de matricular-se na*

100. *Universidade e frequentar o curso superior, quando for*
101. *convocada, em razão de uma condição imposta por um ato*
102. *infralegal **desproporcional e irrazoável***

FRAGMENTO 2

O voto inicia (linha 20) com a admissão dos recursos face ao preenchimento dos requisitos processuais e segue (linhas 21-25) com um breve resumo da controvérsia, qual seja: o indeferimento do pedido de certificação de ensino médio formulado pela parte autora para fins de matrícula no curso de engenharia civil da UnP, já que aprovada no ENEM/2011, em razão de não possuir 18 anos completos, conforme exigido no edital e na Portaria 16/2011 do MEC. Em seguida (linhas 26-29), o desembargador antecipa o resultado da decisão pela procedência da ação, fundamentando sua posição a partir da transcrição da sentença objeto dos recursos em apreço.

De acordo com a sentença, adotada pelo desembargador como razão de decidir, o indeferimento do certificado de conclusão do ensino médio com base em requisito etário teve como fundamento o previsto no edital nº 29/2011 PROEN/IFRN e, para o Juiz sentenciante, tal critério não possui embasamento legal e ofende diretamente a CF/88 por ignorar a meritocracia (linhas 30-49). A sentença trata a questão sob o ponto de vista do ingresso no ensino superior, argumentando que nenhuma norma no ordenamento jurídico pátrio prevê a maioria civil como requisito de acesso, apenas a capacidade intelectual avaliada por meio de vestibulares e, recentemente o ENEM (linhas 50-55).

Note-se que a sentença desloca o cerne da discussão, que é a obtenção do certificado de conclusão do ensino médio, para os requisitos necessários ao ingresso na universidade.

A sentença transcrita no acórdão passa então a defender a inconstitucionalidade do critério etário para fins de ingresso no ensino superior, por ofensa ao art. 208, V da CF/88 evocando o princípio da meritocracia. Transcreve ainda o art. 54, V, do ECA, cuja redação é uma reprodução daquele dispositivo constitucional (linhas 56-70). Em reforço persuasivo, a sentença faz uso do operador argumentativo de adição “além disso” para

ênfatizar que o “próprio” edital do ENEM permite a utilização dos resultados obtidos em suas provas para fins de certificação de conclusão do ensino médio (linhas 71-80).

Nas linhas subsequentes (81-96), a sentença transcrita no acórdão refuta a possibilidade das Instituições Certificadoras de definir critérios e procedimentos incompatíveis com os preceitos constitucionais e legais, concluindo que no caso em tela essa incompatibilidade ocorreu. Ênfaticando, mais uma vez, que a parte autora comprovou estar apta a ocupar uma vaga no curso de engenharia civil da UnP.

Fazendo uso do operador argumentativo de conclusão “por conseguinte”, a sentença, sufragada na sua literalidade pelo acórdão, chega à conclusão de que a parte autora possui o direito líquido e certo a ingressar na universidade, na medida em que preencheu o requisito constitucional da meritocracia, restando implícita a declaração de inconstitucionalidade do critério etário. O requisito da idade previsto no edital nº 29/2011 PROEN/IFRN é ainda afastado com base nos **princípios da proporcionalidade e da razoabilidade** (linhas 97-102).

103. Embora sem perder de vista as regras editalícias, não se pode
 104. olvidar que estas devem guardar harmonia com os **princípios constitucionais**
 105. **da proporcionalidade e razoabilidade**, na medida em que a Carta Política dispõe
 106. sobre o acesso à educação, e a garantia da observância do princípio da
 107. meritocracia, (art. 208, V), (mérito), para o aluno que se submeteu a exaustivo
 108. e difícil exame.
109. De outra banda, a própria LDB, Lei nº 9394/96, para educação
 110. superior, exige, tão somente, a conclusão do ensino médio ou equivalente e
 111. classificação em processo seletivo (art. 41, I e II).
112. Por tais razões, nego provimento à apelação e à remessa oficial.
113. É como voto.

FRAGMENTO 3

No fragmento 3, o desembargador conclui seu voto reiterando as razões ventiladas pela sentença. A partir do operador argumentativo de contraposição “embora”, o desembargador contrapõe a observância às regras editalícias ao dever destas respeitarem os **princípios da proporcionalidade e razoabilidade**, já que a CF/88 prevê o princípio da meritocracia. Assim, fundamentando sua decisão nos

princípios da proporcionalidade, razoabilidade e meritocracia, o desembargador declara, de forma implícita, a inconstitucionalidade do ato infralegal que condicionou a expedição do certificado de conclusão do ensino médio à comprovação dos 18 anos completos até a data da realização da primeira prova do ENEM.

A declaração de inconstitucionalidade do ato infralegal que previu o critério etário não é explícita, encontra-se subentendida na decisão, nas entrelinhas, já que os órgãos fracionários do Tribunal (e o caso foi julgado por Turma e não pelo Pleno) não detêm a competência para declarar a inconstitucionalidade das normas, apenas o Tribunal Pleno é competente⁶⁷. Dessa forma, não obstante a decisão estar fundamentada em princípios constitucionais, a inconstitucionalidade do ato não é expressamente proclamada face à incompetência do órgão julgador.

Nas linhas 109-111, o desembargador apresenta um embasamento legal cujo intuito parece ser escapar da análise do caso apenas sob o viés constitucional. Lançando mão do indicador de adição “de outra banda”, o desembargador acresce que a Lei nº 9.394/96, em seu art. 41, I e II, exige “tão somente” a conclusão do ensino médio ou equivalente e a classificação no processo seletivo, todavia, não aprecia se no caso concreto a parte autora concluiu ou não o ensino médio. Percebe-se que se trata de um argumento solto na decisão sem conexão com os fatos e os demais argumentos expostos.

Nota-se ainda que o acórdão ao replicar a sentença não analisa as razões de apelação. No relatório, o próprio desembargador relata que o pleito recursal encontra-se fundamentado no edital e na Portaria nº 16/2011 do MEC, no entanto, ao reproduzir a sentença, que não analisou a aludida Portaria na qual o edital se fundamenta, omite-se acerca da existência dessa norma infralegal que estabelece o regramento da certificação de conclusão do ensino médio com base nas notas do ENEM. Ainda que a posição pela inconstitucionalidade do critério etário fosse mantida caso examinada a

⁶⁷ CF/88, art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Regimento Interno do TRF da 5ª Região, art. 6º. Compete ao Plenário: I – processar e julgar, originalmente: (...) f) as arguições de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo suscitadas nos processos submetidos ao julgamento, originário ou recursal, do Tribunal;

Portaria nº 16/2011 do MEC, o cerne da questão impunha a apreciação dessa norma, inclusive, para viabilizar a discussão no STJ⁶⁸.

As contradições entre as decisões “E” e “F” podem ser assim visualizadas:

DECISÃO E

- O desembargador analisa o caso a partir da literalidade da Portaria nº 16/2011 do MEC, que prevê os requisitos necessários à obtenção da certificação de conclusão do ensino médio com base na nota do ENEM.
- O desembargador nega o direito da parte autora ao certificado de conclusão do ensino médio com base na nota do ENEM, em razão do não atendimento ao critério etário estabelecido pela Portaria nº 16/2011 do MEC e, por conseguinte, nega o direito ao ingresso no ensino superior concluindo que pela “literalidade” da norma o requisito etário é tão necessário quanto atingir a pontuação satisfatória na prova do ENEM.

DECISÃO F

- O desembargador analisa o caso a partir da previsão constitucional, que prevê o mérito como único requisito para o ingresso no ensino superior.
- O desembargador reconhece o direito da parte autora à obter a certificação de conclusão do ensino médio com base na nota do ENEM, mesmo sem preencher o requisito etário, e, por conseguinte, reconhece o direito ao ingresso no ensino superior com base nos princípios da meritocracia, proporcionalidade e razoabilidade, em prevalência ao “acesso à educação”.

5.2.4 Quarto par: decisões G e H

DECISÃO G

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
 QUARTA TURMA JULGADORA
 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000323-81.2011.4.05.8200
 DATA DO JULGAMENTO: 27/11/2012 – DATA DA PUBLICAÇÃO: 30/11/2012

⁶⁸ STJ, Súmula nº 211: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.

(relatório)

1. Trata-se de apelações interpostas pela CEF e pelo MUNICÍPIO DE JOÃO
2. PESSOA em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido da
3. instituição financeira, reduzindo o valor da multa decorrente do auto de infração
4. PROCON-JP nº 002146/2009 para R\$ 500,00 (quinhentos reais).

5. Alega a CEF a não ocorrência de sucumbência recíproca, o que acarretaria
6. a condenação do Município no montante total dos honorários advocatícios.

7. Afirma o MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA, por sua vez, que: a) a multa foi
8. reduzida sem observância da legislação aplicável, que determina sua fixação entre
9. duzentos e três milhões de vezes a Unidade Fiscal de Referência (UFIR); b) a
10. gravidade da infração é elevada, por ferir a legislação municipal e a dignidade da
11. pessoa humana; c) a multa deve ser fixada em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), de
12. forma a punir a instituição financeira, que possui grande patrimônio.

13. Contrarrazões da CEF às fls. 138/140.

14. Contrarrazões do MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA às fls. 144/148.

15. É o relatório.

FRAGMENTO 1

O relatório é sucinto e não apresenta detalhadamente o cenário fático da controvérsia. Pelas linhas 1-4, é possível compreender que a sentença acatou em parte o pleito da Caixa Econômica Federal (CEF) reduzindo o valor da multa aplicada no auto de infração PROCON-JP nº 002146/2009 para R\$ 500,00, não satisfazendo a nenhuma das partes, já que ambas interpuseram recurso de apelação. Não fica evidente qual é o objeto da demanda e qual foi a infração cometida pela CEF.

Nas linhas 5-6, o desembargador narra a insurgência da CEF contra a condenação em sucumbência recíproca e o pleito pela condenação do Município de João Pessoa no valor total dos honorários advocatícios, entretanto, deixa de relatar os argumentos apresentados pela instituição financeira que subsidiam tal pedido. O relatório leva a crer que este foi o único pleito formulado pela CEF em seu recurso de apelação.

Em seguida, nas linhas 7-12, o desembargador sintetiza as razões recursais do Município de João Pessoa em três argumentos: i) a redução da multa não respeitou a legislação aplicável, que determina sua fixação entre duzentos e três milhões de vezes

a UFIR; ii) a infração cometida é grave por ferir a legislação municipal e o princípio da dignidade da pessoa humana; iii) a multa deve ser fixada em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), atendendo ao seu caráter punitivo, vez que a CEF possui expressivo patrimônio.

Nas linhas 13-14, o desembargador apenas menciona a interposição de contrarrazões por ambas as partes litigantes e suas respectivas folhas nos autos, não fazendo referência aos argumentos articulados nas aludidas peças processuais pelas partes.

Por fim, na linha 15, encerra o relatório.

(voto)

16. Entendeu o magistrado de primeiro grau por reduzir para R\$ 500,00
 17. (quinhentos reais) o valor da multa imposta à CEF pelo descumprimento da lei
 18. municipal que limita o tempo de espera em filas de bancos. Foi observada uma
 19. espera de 50 minutos, ao invés dos 20 a 35 permitidos.
20. Registro que a imposição de multa pelo PROCON não invade a esfera de
 21. competência administrativa privativa do Banco Central do Brasil, posto que, embora
 22. esta entidade detenha competência para exercer a fiscalização das instituições
 23. financeiras e aplicar as penalidades previstas na Lei nº 4.595/64, tal fato não
 24. impede que os órgãos de proteção e defesa do consumidor exerçam, também, o seu
 25. papel fiscalizador, uma vez que cada entidade atua dentro da sua esfera de
 26. atribuições conferidas a cada uma.
27. Ademais, o Banco Central realiza uma fiscalização de natureza financeira e
 28. administrativa, que tem por escopo preservar a estabilidade do Sistema Financeiro
 29. Nacional, enquanto que os órgãos de defesa do consumidor têm por desígnio
 30. principal a proteção do consumidor, atuando no exercício do poder de polícia.
31. Colaciono aos autos alguns arestos para demonstrar que é pacífico o
 32. entendimento deste Tribunal nesse sentido:
33. *ADMINISTRATIVO. PROCON. APLICAÇÃO DE MULTA. EMPRESA*
 34. *PÚBLICA FEDERAL. COMPETÊNCIA. LEGALIDADE. REDUÇÃO DO*
 35. *VALOR. HONORÁRIOS.*
 36. *1 – Esta corte já firmou entendimento no sentido de que o PROCON, na*
 37. *esfera estadual ou municipal, exercendo seu poder de polícia, quando*
 38. *versar sobre relação de consumo, é competente para fiscalização e*
 39. *aplicação de penalidade administrativa às instituições financeiras.*
 40. *2 – o fato de a Caixa Econômica ser uma empresa pública federal*
 41. *não impede que sofra a fiscalização dos órgãos de proteção ao*
 42. *consumidor, pois se sujeita ao regime jurídico próprio das empresas*
 43. *privadas, consoante artigo 173, II, § 1º da Constituição Federal.*
 44. *3 – Deve a multa ser aplicada com **razoabilidade e proporcionalidade**,*
 45. *cabendo a sua redução pelo Poder Judiciário quando se mostrar*
 46. *excessiva, como no caso dos autos, em que o órgão de fiscalização fixou*

47. o valor da multa em R\$ 50.581,40 (25.200 UFIR's), em razão do
 48. descumprimento, por parte da autuada, do tempo máximo de 15 minutos
 49. para o atendimento do consumidor, previsto na Lei Estadual 12.264/2002,
 50. uma vez que o cliente aguardou uma hora e quarenta minutos na fila.
 51. 4 – Redução do valor da multa aplicada no auto de infração nº 0031/2011
 52. para R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), montante que se mostra
 53. mais razoável e proporcional à infração cometida.
 54. 5 – Honorários advocatícios reciprocamente compensados, nos termos do
 55. art. 21 do CPC, levando-se em consideração que cada litigante foi em
 56. parte vencedor e vencido, restando prejudicado o recurso onde o Estado
 57. protesta pela majoração da verba sucumbencial fixada na sentença.
 58. 6 – Apelação da CEF parcialmente provida. Recurso do Estado de
 59. Pernambuco prejudicado.
 60. (TRF5, Segunda Turma, AC542320-PE, Rel. Des. Federal FRANCISCO WILDO,
 61. DJE 05/07/2012)

62. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE MULTA PELO
 63. PROCON. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. POSSIBILIDADE. ATO
 64. ADMINISTRATIVO MOTIVADO. REDUÇÃO DA MULTA. APELAÇÃO
 65. PARCIALMENTE PROVIDA.

66. 1. É pacífico o entendimento deste Tribunal no sentido de que o PROCON
 67. é competente para fiscalização e aplicação de penalidades
 68. administrativas às instituições financeiras.

69. 2. A CEF, mesmo sendo uma empresa pública federal, pode sofrer a
 70. fiscalização dos órgãos de proteção ao consumidor, haja vista que tal
 71. instituição financeira está sujeita ao regime jurídico próprio das empresas
 72. privadas, conforme determinação contida no artigo 173, § 1º, II,
 73. da Constituição Federal.

74. 3. Legalidade da decisão administrativa do PROCON/JP que analisou os
 75. pressupostos de fato (extrapolação do prazo fixado para atendimento em
 76. estabelecimento bancário) e indicou o enquadramento legal, não sendo
 77. passível de nulidade, tendo, inclusive, a legislação municipal remetido à
 78. fixação da multa aos parâmetros estabelecidos no parágrafo único do art.
 79. 57 da Lei 8.078/90.

80. 4 – Em face dos princípios da **razoabilidade e da proporcionalidade** é
 81. possível a redução da multa aplicada para fixá-la em R\$ 10.000,00 (dez
 82. mil reais) para cada auto de infração lavrado objeto deste processo.
 83. Precedente desta Turma: AC 490363-PB, rel. Des. Federal Margarida
 84. Cantarelli, julg. por unan. em 19.01.2010, publ. em 01.02.2010.

85. 5 – Apelação em parte provida.
 86. (TRF5, Quarta Turma, AC542687-PB, Rel. Des. Federal EDILSON NOBRE,
 87. DJE 28/06/2012)

FRAGMENTO 2

No primeiro trecho do voto (linhas 16-19), o desembargador apresenta o cerne da controvérsia: a penalidade imposta à CEF advém do descumprimento à lei municipal que limita o tempo de espera em filas bancárias em 20 a 35 minutos, tendo a espera, no caso concreto, chegado há 50 minutos.

Nas linhas 20-26, o desembargador afasta a incompetência do Município de João Pessoa, através do PROCON, para aplicar a aludida multa, na condição de fiscal na defesa do consumidor. Segundo o desembargador, não haveria invasão da competência do Banco Central do Brasil, entidade competente para exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas na Lei nº 4.595/64. Fazendo uso do operador argumentativo de adição “ademais” (27-30), o desembargador enfatiza que a fiscalização realizada pelo Banco Central do Brasil é de natureza financeira e administrativa, cujo objetivo é preservar a estabilidade do sistema financeiro nacional, em contraposição, os órgãos de defesa ao consumidor prestam-se a proteger o consumidor.

Como reforço argumentativo, o desembargador transcreve dois precedentes do tribunal no qual atua para corroborar seus argumentos (linhas 31-87). Os dois precedentes colacionados fazem ainda referência aos **princípios da razoabilidade e da proporcionalidade** como fundamento jurídico para reduzir a multa aplicada pelo PROCON em ambos os casos.

-
88. Entendo, porém, que o valor das multas impostas à CEF foi excessivo,
89. principalmente tendo em vista que o tempo de espera no banco foi 50 minutos, o
90. que, embora claramente viole a lei municipal que estabelece o limite de 20 minutos,
91. não apresenta gravidade suficiente para a fixação de multa no valor de R\$
92. 40.000,00 (quarenta mil reais). Não há que se falar em violação à dignidade da
93. pessoa humana, uma vez que a espera por 50 minutos, embora cause
94. aborrecimento ao consumidor, não implica dano moral.
95. Não se pode, porém, reduzir as multas a patamares muito baixos,
96. considerando que a norma descumprida foi editada em 1998, havendo decorrido
97. tempo suficiente para que a empresa se adequasse ao limite previsto. A multa em
98. R\$ 500,00 (quinhentos reais), conforme fixada pelo juízo *a quo*, é de valor tão
99. reduzido que não cumpre sua função punitiva.
100. Assim, majoro o montante da multa a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

No fragmento 3, o desembargador passa à análise da correção da redução da multa para o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais). Na linha 88, antecipa que a multa aplicada foi excessiva para, só então, expor os argumentos que o levam a essa conclusão (linhas 89-92). **De forma implícita**, o desembargador faz uso do **princípio da proporcionalidade** para demonstrar que a multa aplicada, apesar de devida, por ser decorrência do descumprimento à regra contida na lei municipal, é desproporcional à gravidade da infração, na medida em que o tempo de espera foi de 50 minutos, enquanto o limite legal prevê 20 minutos.

Na sequência (linhas 92-94), o desembargador afasta a alegação de violação ao princípio da dignidade humana, sob o argumento de que a infração não configura dano moral, embora cause aborrecimento ao consumidor.

Utilizando um argumento de contraposição (linhas 95-99), o desembargador enfatiza que, por outro lado, não é possível reduzir a multa a patamares ínfimos em razão do tempo em que a lei já se encontra em vigor, desde 1998, sendo-o suficiente para que a instituição bancária procedesse à devida adequação ao limite legal de espera do consumidor em filas. Em conclusão, afirma que a multa fixada em R\$ 500,00 (quinhentos reais) não cumpre sua função punitiva.

Percebe-se que o argumento utilizado para rever a redução da penalidade não é jurídico. O desembargador não fundamenta a reforma da sentença em razão dos valores máximos e mínimos fixados na lei municipal, mas sim a partir de um **juízo de razoabilidade** de que a CEF já deveria ter criado condições de atender ao comando legal em face ao tempo em que a lei se encontra em vigor. Na linha 100, fazendo uso do indicador de modo “assim”, o desembargador aumenta o montante da multa para R\$ 10.000 (dez mil reais), sem apresentar nenhum parâmetro ou fundamento capaz de demonstrar que o novo valor atende aos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O valor da multa é fixado de forma arbitrária, a critério pessoal do julgador.

101. Alega a CEF, por sua vez, a não ocorrência de sucumbência recíproca, o
102. que acarretaria a condenação do Município no montante total dos honorários
103. advocatícios. Observe-se, no entanto, que ambas as partes sucumbiram: a CEF, por

104. não conseguir afastar a multa, e o Município, por ter o montante daquela reduzido.
105. Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do Município de João
106. Pessoa para majorar o valor da multa para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e nego
107. provimento à apelação da CEF.
108. É como voto.

FRAGMENTO 4

Nas linhas seguintes (101-104), o desembargador afasta a insurgência da CEF contra a sucumbência recíproca, afirmando que ambas as partes sucumbiram, já que, de um lado, a instituição bancária não conseguiu afastar a multa; do outro, o Município de João Pessoa viu o montante da penalidade ser reduzido.

No trecho final (linhas 105-108), o desembargador proclama o resultado da decisão pelo parcial provimento da apelação do Município de João Pessoa para majorar o valor da multa para R\$ 10.000 (dez mil reais) e pelo desprovimento da apelação da CEF.

DECISÃO H

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
QUARTA TURMA JULGADORA
APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001129-66.2009.4.05.8401
DATA DO JULGAMENTO: 24/07/2012 – DATA DA PUBLICAÇÃO: 27/07/2012

(relatório)

1. Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente pedido de
2. desconstituição do auto de infração nº 043/2009, que resultou na multa contra a Caixa
3. Econômica Federal – CEF, no valor de R\$ 4.545,75 (quatro mil quinhentos e quarenta e cinco
4. reais e setenta e cinco centavos), decorrente do descumprimento da Lei Municipal
5. nº 1.616/2002, que estipula o tempo máximo de espera em fila pelos usuários de serviços
6. bancários e prestadoras e concessionárias de serviços no Município de Mossoró/RN.

7. Defende o recorrente a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.616/2002 e a
8. incompetência do Município de Mossoró para regulamentar e fiscalizar serviços bancários,
9. entendendo ser o Banco Central do Brasil o único competente para exercer a fiscalização das
10. instituições financeiras a aplicar as penalidades previstas, nos moldes do art. 10, X, da Lei nº
11. 4.595/64.

12. Subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

13. É o relatório.

14. Peço inclusão do feito na pauta de julgamento.

FRAGMENTO 1

Nas linhas 1-6, o desembargador relata o objeto de julgamento: o recurso de apelação contra sentença que julgou improcedente o pedido de desconstituição de auto de infração lavrado pelo Município de Mossoró para exigir da CEF multa, no valor de R\$ 4.545,75 (quatro mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e setenta e cinco centavos), decorrente do descumprimento à lei municipal que estipula tempo máximo de espera em fila bancária.

Em seguida (linhas 7-11), o desembargador apresenta os argumentos da parte recorrente, que se subentende seja a CEF: a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.616/2002 e a incompetência do Município de Mossoró para regulamentar e fiscalizar os serviços bancários que, a seu ver, é de competência exclusiva do Banco Central do Brasil, nos termos do art. 10, X, da Lei nº 4.595/64. Entretanto, não restam esclarecidas as razões pelas quais a CEF julga a lei municipal inconstitucional.

Ato contínuo, o desembargador conclui o relatório sem mencionar a existência de contrarrazões pela parte adversa.

(voto)

15. No mérito, passo a análise acerca da competência para legislar sobre consumo.
16. Veja-se o que dispõe o artigo 24, V da CF/88:
17. *Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar*
18. *concorrentemente sobre produção e consumo.*
19. Da leitura do dispositivo acima citado, conclui-se pela competência concorrente
20. entre os entes federativos para regular os direitos do consumidor.
21. O caso não é sobre o horário de funcionamento das agências bancárias, mas de
22. permanência dos usuários nas filas dos bancos, assunto predominantemente local e que se
23. insere na competência legislativa municipal. A obrigação dos bancos conferirem tratamento
24. digno ao consumidor está dentro da mais estrita e absoluta esfera legislativa municipal prevista
25. no art. 30, inciso II, da Constituição Federal de 1988.
26. A criação de regras para a prestação de serviço de utilidade pública, cujo âmbito é
27. o interesse local, insere-se na esfera de atuação dos Municípios. Isto porque nada tem a ver
28. com as regras do sistema financeiro nacional, que se referem, por sua vez, à captação de

29. poupança, atuação no mercado financeiro, entre outros.
30. Não é o caso de interferência do Banco Central, pois a competência exclusiva da
31. União para legislar sobre o funcionamento e fiscalização da rede bancária não torna os bancos
32. imunes à ação das outras esferas de governo (estados federados e municípios), no tocante às
33. suas competências constitucionalmente asseguradas. No caso dos autos, cuida-se de lei
34. estadual que regulamenta serviços bancários prestados aos usuários, como o tempo de
35. permanência em fila e outras funções, não havendo que se falar em inconstitucionalidade da
36. Lei Municipal nº 1.616/2002.
37. O STJ já se posicionou nesse sentido, nos termos abaixo transcritos:
38. *“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. PERÍODO MÁXIMO DE*
39. *PERMANÊNCIA DE CLIENTES EM FILAS DE ESTABELECIMENTOS*
40. *BANCÁRIOS. COMPETÊNCIA MUNICIPAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA*
41. *N. 19/STJ.*
42. *1. Compete ao Município legislar sobre a fixação do período máximo de*
43. *permanência de clientes nas filas de agências bancárias.*
44. *2. Inaplicabilidade da Súmula n. 19/STJ ao caso dos autos.*
45. *3. Recurso especial improvido.”(STJ, REsp 711918 / RS, rel. Ministro*
46. *FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJe 13.2.2008)*

 FRAGMENTO 2

No fragmento 2, o desembargador aborda a competência do Município de Mossoró para regular e aplicar multa em razão do tempo de espera em filas bancárias. Inicialmente (linhas 15-20), menciona o art. 24 da CF/88 como recurso intertextual para demonstrar que a competência para legislar sobre direito do consumidor é concorrente entre os entes federativos, embora tal dispositivo não faça referência a Municípios.

Nas linhas subsequentes (21-25), o desembargador afirma que a permanência dos usuários nas filas dos bancos é matéria que diz respeito a consumo, fazendo, assim, um elo de ligação com a questão da competência concorrente dos entes federados sobre tal matéria para então concluir que se trata de “assunto predominantemente local e que se insere na competência legislativa municipal”. Reforça o argumento asseverando que “a obrigação dos bancos conferirem tratamento digno ao consumidor” estaria contemplada na esfera legislativa municipal por força do art. 30, II da CF/88 que, a sua vez, prevê a competência dos Municípios de suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

Em seguida (linhas 30-36), o desembargador afasta o argumento da CEF de que a competência seria do Banco Central do Brasil, alegando que a competência exclusiva

da União para legislar sobre o funcionamento bancário não prejudica o exercício da competência constitucionalmente assegurada dos demais entes federativos. Ao aplicar tal entendimento ao caso concreto o desembargador incide em contradição ao dizer que o caso cuida-se de lei estadual afastando a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.616/2002.

De forma explícita, o desembargador julga a constitucionalidade da lei municipal que instituiu tempo máximo de espera em filas bancárias, muito embora a competência para apreciar as arguições de inconstitucionalidade de lei seja exclusiva do Pleno e não das Turmas do Tribunal.

Nas linhas 37-46, o desembargador socorre a um precedente do STJ para convencer o acerto da sua posição.

47. No tocante à multa, é verdade que tem a CEF, como instituição financeira, a
 48. obrigação de adaptar a sua estrutura, além de profissionalizar seus servidores para melhor
 49. atenderem a quem de seus serviços usufruir, observando-se às exigências da lei. No entanto,
 50. também não se pode deixar de observar o **princípio da razoabilidade** com relação à exigência
 51. do tempo máximo de espera nas filas, levando-se em consideração que a quantidade de
 52. serviços prestados pela instituição bancária, em razão de ser a gestora de grande número de
 53. programas sociais do governo, dificulta muitas vezes atender, no tempo previsto na legislação,
 54. a todos os clientes.

55. No mesmo sentido, trago à colação o seguinte julgado:

56. *“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TEMPO DE*
 57. *PERMANÊNCIA EM FILA DE ATENDIMENTO BANCÁRIO. CONEXÃO.*
 58. *INEXISTÊNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INOCORRÊNCIA.*
 59. *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. LEI*
 60. *ESTADUAL. DISCIPLINAMENTO DA MATÉRIA. CONSTITUCIONALIDADE.*
 61. *CEF. EMPRESA PÚBLICA GESTORA DE PROGRAMAS DO GOVERNO E*
 62. *PRESTADORA DE SERVIÇOS DELEGADOS PELA ADMINISTRAÇÃO.*
 63. *MITIGAÇÃO DOS RIGORES DA LEI EM OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA*
 64. *RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.*
 65. *PARCIALMENTE PROVIDA.*
 66. *- Conquanto se questione, em duas ações, a inconstitucionalidade de uma mesma*
 67. *lei estadual, os seus objetos e causa de pedir são diferentes. Numa, objetiva-se a*
 68. *desconstituição de um auto de infração lavrado por órgão estadual, em virtude de*
 69. *descumprimento da lei. N'outra, busca o Ministério Público Federal, em defesa do*
 70. *interesse difuso dos usuários dos serviços prestados pela ré, seja ela obrigada a*
 71. *dispor, no âmbito estadual, estrutura e empregados suficientes para atendimento*
 72. *ao público, fazendo cumprir os ditames da lei de regência. Preliminar de conexão*
 73. *rejeitada.*
 74. *- A natureza difusa do direito que se busca tutelar decorre da aplicação de norma*
 75. *apta a atingir todo o universo de usuários dos serviços prestados pela Caixa*

76. *Econômica Federal, sejam clientes reais ou potenciais.*
77. *- Conforme jurisprudência já firmada no eg. Superior Tribunal de Justiça, o*
78. *Ministério Público, nos termos do artigo 129 da Constituição Federal, tem*
79. *legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública com o objetivo de*
80. *serem resguardados os interesses difusos e coletivos, entre os quais está o direito*
81. *do consumidor. Preliminar de carência de ação que se afasta.*
82. *- **O artigo 24, inciso V, da Constituição Federal, fixa a competência concorrente***
83. ***da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre consumo. É de***
84. ***afastar-se, portanto, a inconstitucionalidade de lei estadual que disciplina, entre***
85. ***outras providências, o tempo de permanência em fila dos usuários dos serviços***
86. ***bancários prestados, no âmbito do respectivo Estado da Federação. Precedentes***
87. ***do eg. STJ.***
88. *- **A Caixa Econômica Federal, na qualidade de instituição bancária, não está***
89. ***isenta de adaptar a sua estrutura e o seu quadro de pessoal à exigências legais***
90. ***decorrentes das relações de consumo, todavia, em razão da sua condição jurídica***
91. ***de empresa pública a quem compete, inclusive, a gestão do Sistema Financeiro***
92. ***de Habitação e do FGTS, dentre outros inúmeros serviços vinculados à***
93. ***Administração Pública, como o pagamento de benefícios da Seguridade Social,***
94. ***de Precatórios e RPVs, os rigores da lei, em relação ao tempo máximo de espera***
95. ***nas filas de atendimento, devem ser mitigados, em respeito aos princípios da***
96. ***razoabilidade e proporcionalidade. Precedente desta eg. 4ª Turma.***
97. *- **Apelação da CEF provida, julgando-se prejudicada a apelação do Ministério***
98. ***Público Federal.(AC417481-CE. RE.: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO***
99. ***GUIMARÃES. DJ: 07/07/2008).***

 FRAGMENTO 3

Após reconhecer a competência do Município de Mossoró para regular o tempo de espera em filas bancárias pelos usuários, bem como a constitucionalidade da Lei Municipal nº 1.616/2002 que fundamenta a multa aplicada à CEF como consequência jurídica pelo descumprimento àquela disposição legal, o desembargador, no fragmento 3, passa a apresentar suas razões para afastar a aplicação da regra jurídica em testilha.

Nas linhas 47-49, o desembargador enfatiza o dever da CEF de adaptar a sua estrutura e profissionalizar seus funcionários para atender às exigências da lei. Contudo (linhas 50-54), fazendo uso de operador argumentativo de contraposição (“no entanto”), lança mão do **princípio da razoabilidade** para afastar a aplicação da regra, no caso concreto, com amparo em argumento de cunho social, qual seja: o fato de que essa instituição financeira “muitas vezes” não consegue cumprir o tempo de atendimento estipulado em lei por ser gestora de grande número de programas sociais do governo.

Dessa forma, o desembargador escusa a CEF de obedecer à regra do tempo máximo de espera em filas bancárias, suscitando, assim, algumas questões. O fato

justifica autoriza o descumprimento da lei? Os beneficiários de programas sociais não têm direito a serem atendidos de forma digna dentro do tempo estipulado em lei? Seria a CEF uma instituição sem fins lucrativos? Os clientes dessa instituição financeira, que arcam com altas taxas bancárias, estão fadados à espera em filas por tempo indeterminado porque a CEF também é gestora da maioria dos programas sociais do governo?

O desembargador não apresenta argumentos jurídicos para deixar de aplicar a lei no caso concreto, utilizando o **princípio da razoabilidade** como mera estratégia discursiva para “legitimar” juridicamente o afastamento da regra com base em argumentos sociais.

Na sequência (linhas 55-99), como reforço argumentativo, o desembargador transcreve um precedente do Tribunal no mesmo sentido.

-
100. Relevante ressaltar os dias de pagamentos do INSS, PIS, Bolsa Família e outros
 101. programas do Governo Federal, em que os beneficiários nem sempre possuem habilidade no
 102. uso dos caixas eletrônicos, procurando, os serviços de caixa.
103. Assim, não se faz **razoável** a multa aplicada. Tal entendimento não viola o art. 5º
 104. da Lei nº 7.347/85, nem o art. 48 do CPC, ou o art. 6º, VI, da Lei nº 8.078/90.
105. Desse modo, dou parcial provimento à apelação da CEF, para excluir a
 106. condenação em multa pelo descumprimento do prazo máximo de tempo do usuário na fila.
 107. É como voto.
-

FRAGMENTO 4

Nas linhas 100-102, o desembargador reforça o argumento extrajurídico para justificar o afastamento da regra no caso concreto. Partindo de um juízo pessoal, o desembargador expõe dificuldades enfrentadas pela instituição financeira em dias de pagamentos de programas sociais (INSS, PIS, Bolsa Família, entre outros) advindas da falta de “habilidade” dos beneficiários em utilizar caixas eletrônicos, o que lhe faz levar à conclusão de que tal fato é motivador do maior tempo de espera em filas. Fica evidente a opção do desembargador por utilizar o termo falta de “habilidade” ao invés de “ignorância” dos beneficiários, em geral, pessoas de baixa renda, já que a palavra “ignorância” socialmente pode ser interpretada como preconceituosa.

Na linha 103, o desembargador utiliza o operador argumentativo de modo “assim” para concluir que a multa aplicada não é **razoável**. Para o desembargador, o valor da penalidade aplicada (de apenas R\$ 4.545,75) é indiferente ao afastamento da regra para a CEF. Dessa forma, o desembargador cria uma hipótese de isenção não prevista pelo legislador.

Percebe-se que a relação causa-efeito entre a conturbação nas agências bancárias da CEF nos dias de pagamento de programas sociais e a espera acima do tempo legal que motivou a multa no caso concreto é pressuposta e não demonstrada. O descumprimento da lei no caso concreto ocorreu em dia de pagamento de programas sociais? Tal questão não é enfrentada na decisão. O argumento utilizado para afastar a regra jurídica é, portanto, meramente retórico.

Nas linhas 103-104, o desembargador afirma que a decisão não viola o art. 5º da Lei nº 7.347/85⁶⁹, tampouco os arts. 48 do CPC⁷⁰ ou 6º, VI, da Lei nº 8.078/90⁷¹, entretanto, não justifica tal posição.

Nas linhas 105-107, o desembargador conclui sua decisão dando parcial provimento à apelação da CEF para excluir a multa pelo descumprimento à lei editada pelo Município de Mossoró que prevê tempo máximo de espera pelos usuários em fila bancária.

Eis o quadro sinóptico das contradições entre as decisões “G” e “H”:

⁶⁹ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. § 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. § 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

⁷⁰ Art. 48. Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros.

⁷¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

DECISÃO G

- O desembargador mantém a multa aplicada a CEF pelo desatendimento à lei municipal que limita o tempo de espera em filas bancárias, porém ajusta o seu valor com amparo em precedentes que utilizam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como fundamento jurídico para legitimar a adequação da penalidade.
- O novo valor da multa é fixado a critério pessoal do desembargador.

DECISÃO H

- O desembargador anula a multa aplicada A CEF pelo desatendimento à lei municipal que limita o tempo de espera em filas bancárias, utilizando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como fundamento jurídico para legitimar a nulidade da penalidade.
- O desembargador faz uso de argumento de cunho social, sê-la “gestora de grande número de programas sociais do governo”, para anular a multa aplicada a CEF.

*5.2.5. Quinto par: decisões I e J***DECISÃO I**

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
 QUARTA TURMA JULGADORA
 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0006552-48.2013.4.05.0000
 DATA DO JULGAMENTO: 20/08/2013 – DATA DA PUBLICAÇÃO: 23/08/2013

(relatório)

1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu o
2. pedido de antecipação dos efeitos da tutela, pela qual a agravante pretendia fosse
3. determinado à UFCG que efetive a sua matrícula no curso de Licenciatura em Geografia,
4. turno diurno, *campus* de Campina Grande.
5. Liminar indeferida.
6. Após regularmente processados, vieram-me conclusos os autos.
7. É o relatório.
8. Inclua-se o feito em Pauta para julgamento.

Nas linhas 1-4, o desembargador apresenta um breve resumo da controvérsia, evidenciando que a causa gira em torno do direito ou não da parte autora, ora denominada agravante, a matricular-se no curso de licenciatura em geografia, no turno da manhã, no *campus* de Campina Grande da UFCG. Entretanto, não restam esclarecidas as razões pelas quais a parte autora pleiteia o direito à matrícula no aludido curso. Os argumentos articulados pela parte autora no seu recurso de agravo de instrumento são taxativamente omitidos.

Na linha 5, o desembargador menciona que o pedido liminar foi indeferido, mas também não explicita as razões de tal indeferimento. Nota-se ainda a omissão acerca da existência ou não de contrarrazões pela instituição de ensino.

De forma sucinta e insatisfatória à compreensão da controvérsia, o desembargador expõe o relatório.

(voto)

9. Como já ressaltado liminarmente, em suas razões recursais, a agravante
10. sustenta que perdeu o prazo para o cadastramento fixado na edital porque mora em sítio da
11. zona rural do Município de Areia/PB, pertencendo a família de baixa renda, não tendo acesso à
12. internet em sua residência, não lhe sendo possível conferir os resultados das chamadas.

13. De início, exsurge o fato de já haver ocorrido o início do ano letivo nas
14. Universidades Federais, encontrando-se caminhando para o término o primeiro semestre letivo
15. deste ano.

16. O requisito da relevância da fundamentação de fato não se encontra demonstrado.
17. As datas de divulgação dos resultados dos remanejamentos foram estabelecidas no edital,
18. sendo certo, no mesmo edital, também constam endereços de locais de atendimento (fl. 32),
19. onde a agravante poderia ter obtido informações.

20. Ademais, a decisão agravada foi precisa ao consignar que "desde a publicação do
21. referido Edital, mesmo antes da divulgação do resultado, já havia sido dada publicidade a todas
22. as datas de interesse dos candidatos, especialmente, aquelas atinentes às chamadas dos
23. candidatos para ocupação de vagas remanescentes".

FRAGMENTO 2

O desembargador inicia o voto (linhas 9-12) expondo as razões recursais apresentadas pela parte autora que não foram expostas no relatório. Relata o

desembargador que a perda do prazo para a matrícula, previsto em edital, teria ocorrido porque a parte autora mora em sítio da zona rural do Município de Areia, na Paraíba, pertencendo à família de baixa renda sem dispor de internet em sua residência, o que lhe teria impossibilitado de conferir os resultados das chamadas. A parte autora apresenta argumentos sociais para flexibilizar a regra editalícia.

Antes de apreciar a controvérsia, o desembargador chama a atenção para o fato de que, nesse momento, o ano letivo nas Universidades Federais já começou e já se encaminha para o término do primeiro semestre letivo (linhas 13-15), deixando transparecer, nas entre linhas, que é tarde demais para acatar o pedido. Por outro lado, não esclarece se essa demora é decorrência da morosidade do judiciário ou se é culpa exclusiva da parte autora.

Na linha 16, o desembargador antecipa o resultado da decisão alegando que a relevância da fundamentação “de fato” não foi demonstrada. A fundamentação jurídica do pleito é simplesmente ignorada (ou não existe). Nas linhas seguintes (17-19), o desembargador justifica a conclusão pelo não acatamento dos argumentos fáticos apresentados pela parte autora aduzindo que as datas de divulgação dos resultados dos remanejamentos e os locais de atendimento foram previamente estabelecidos no edital, logo não haveria “justificativa” para a perda do prazo de matrícula.

A partir do operador argumentativo de adição “ademais” (linhas 20-23), o desembargador corrobora o entendimento esposado aludindo à decisão recorrida, como recurso intertextual, na parte em que afirma que desde a publicação do edital os candidatos tinham conhecimento das datas para ocupação das vagas remanescentes.

-
24. A alegação de realidade das pessoas hipossuficientes como motivo para se relevar
 25. as consequências da falta de comparecimento no prazo previsto no edital para a matrícula não
 26. se mostra **razoável**. Apesar de hipossuficiente, cuida-se de pessoa aprovada em concurso para
 27. o acesso ao ensino superior que sabia ou deveria saber da necessidade de se manter informada
 28. sobre as notícias relativas ao certame.
29. Sobre a matéria, cito a seguinte Jurisprudência, de cuja fundamentação
 30. compartilho:
31. *“ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. VESTIBULAR. CIÊNCIA PARA*
 32. *MATRÍCULA. PRAZO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. . A incumbência de*
 33. *acompanhar a sequência de chamadas dos aprovados no vestibular prestado à*
 34. *Universidade para a realização da matrícula é do candidato. O lapso temporal entre a*

35. *ciência do vestibulando aprovado e o fim do período para matrículas, trata-se de juízo de*
36. *conveniência e oportunidade da própria Universidade, contando o mesmo com presunção*
37. *de legitimidade.”*
38. (TRF4, AG 200904000354342, D.E. 17/03/2010, Relator Des. Fed. Nicolau Konkel
41. Júnior)
39. Diante do exposto, **nego provimento ao agravo de instrumento.**
40. É como voto.

FRAGMENTO 3

Nas linhas 24-28, **o desembargador afasta a aplicação do princípio da razoabilidade**, justificando que a condição de hipossuficiente não autoriza relevar as consequências jurídicas advindas da falta de comparecimento para a matrícula no prazo estipulado no edital. Lançando mão do operador argumentativo de contraposição “apesar”, o desembargador menospreza a condição de hipossuficiente da parte autora sob o argumento de que se trata de pessoa aprovada em concurso para acesso a ensino superior, deixando subentendido que não se cuida de pessoa sem escolaridade, logo “sabia ou deveria saber da necessidade de se manter informada sobre as notícias relativas ao certame”.

O princípio da razoabilidade deixa de ser aplicado, no caso concreto por juízos pessoais do desembargador e não pela apresentação de razões jurídicas para a sua inaplicação.

Nas linhas subsequentes (29-41), como reforço argumentativo, o desembargador transcreve um precedente de outro tribunal (TRF da 4ª Região) no sentido de que a incumbência para acompanhar as regras editalícias é do candidato, proclamando, em seguida (39-40), o resultado da decisão pelo improvimento do agravo de instrumento da parte autora.

DECISÃO J

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
QUARTA TURMA JULGADORA
APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000009-92.2012.4.05.8203
DATA DO JULGAMENTO: 24/09/2013 – DATA DA PUBLICAÇÃO: 27/09/2013

(relatório)

1. Trata-se de remessa oficial e apelação cível interposta pelo
2. IFET/PB – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba em face
3. de sentença que, em Mandado de Segurança impetrado por XXXXX XXXX XXXX
4. XXXXXXXX, representado por sua mãe XXXXX XXXX XXXXXXXX, contra
5. ato do Pró-Reitor de Ensino do IFET/PB, concedeu a segurança, para “reconhecer o
6. direito do impetrante à matrícula no curso de Instrumento Musical, através do PSCT
7. – Técnico Integrado (cota da rede pública)”.

8. O apelante alega, em suma, que: (a) não existe direito líquido
9. e certo a amparar a concessão do “writ”, por não haver qualquer ato irregular ou
10. ilegal que tenha violado os princípios da administração pública ou que tenha
11. descumprido os requisitos de validade do ato administrativo, previstos no art. 2º da
12. Lei 4.717/65; e (b) se o candidato dispôs de internet para realizar sua inscrição, não
13. lhe cabe invocar a falta de acesso pessoal a internet ou o desconhecimento das
14. normas editalícias de publicação e convocação.

15. Não houve contrarrazões.
16. É o relatório.

 FRAGMENTO 1

Nas linhas 1-7, o desembargador relata o objeto de julgamento recursal, qual seja, remessa oficial e apelação cível interposta pelo IFET/PB em face de sentença que concedeu a segurança pleiteada pela parte autora, representada por sua mãe, contra ato do Pró-Reitor do IFET/PB, para reconhecer o direito à matrícula no curso de instrumento musical em vaga destinada à cota da rede pública. Note-se que a menção ao fato de que a matrícula pleiteada advém de vaga destinada à cota da rede pública, para a realidade brasileira, denota a intenção de demonstrar que a parte autora é pessoa de baixa renda.

Nas subseqüentes (8-14), o desembargador apresenta duas razões recursais apresentadas pelo IFET/PB (parte ré) em sua apelação: i) a inexistência de ato irregular ou ilegal por parte do Pró-Reitor; e ii) a conclusão lógica de que se o candidato dispôs de internet para realizar sua inscrição, então não lhe cabe invocar a falta de acesso à rede ou desconhecimento das regras editalícias.

Na linha 15, o desembargador relata que não foram apresentadas contrarrazões, finalizando, assim, o relatório.

(voto)

17. Objetiva o impetrante a matrícula no curso de Instrumento
18. Musical do IFPB, através do PSCT –Técnico Integrado (cota da rede pública), por
19. não ter conseguido realizá-la tempestivamente.
20. Analisando a situação fática dos autos, a sentença concluiu
21. pela concessão da segurança, se pautando na prevalência do direito à educação
22. sobre determinadas formalidades, garantia necessária ao exercício da cidadania e
23. qualificação para o trabalho, conforme se extrai dos seguintes excertos (fls. 43/44):
24. *"Nos presentes autos, tenciona o impetrante, mediante o*
25. *ajuizamento do presente mandamus, ordem judicial para*
26. *concretização de sua matrícula no PSCT 2012 - Técnico Integrado*
27. *(cota da rede pública), em face da perda alegadamente involuntária*
28. *do prazo de inscrição.*
29. *Para tanto, sustenta, em suma, que o exíguo prazo de apenas seis*
30. *dias entre a publicação do edital de convocação e o início do*
31. *período de matrícula ofendeu o princípio da publicidade e do acesso*
32. *à educação, somado ao fato de que sua representante legal é*
33. *peessoa simples e não possui computador em casa, nem acesso à*
34. *Internet, único meio de publicidade do edital.*
35. *Tocante ao prazo decorrido entre à convocação de matrícula e à*
36. *data designada para início desta, entendo que o lapso temporal de*
37. *seis dias não foi exíguo, pois é natural que as instituições de ensino*
38. *imponham ritmo aos calendários de matrículas dos aprovados em*
39. *processos seletivos em geral, submetendo-se os alunos inscritos no*
40. *certame às normas respectivas, expedidas com base na autonomia*
41. *universitária prevista no art. 206, caput, da Constituição Federal,*
42. *cuja aplicação só merece afastamento quando eivadas de*
43. *ilegalidade, o que não foi o caso do autos.*
44. *No que tange ao cumprimento da divulgação, compulsando o Edital*
45. *08/2012, de 17 de janeiro de 2012, à fl. 16, verifico que a*
46. *convocação para matrícula não só foi disponibilizada na Internet,*
47. *como também no mural da IFPB da cidade de Monteiro/PB.*
48. *Na verdade, o que ocorreu foi que a genitora do impetrante agiu de*
49. *maneira desidiosa, pois, morando no centro da cidade de Monteiro,*
50. *deixou de comparecer a IFPB no período constante do edital.*
51. *Como o impetrante é menor de idade, é de inteira responsabilidade*
52. *de seus representantes legais acompanhar a divulgação dos*
53. *resultados e das publicações da IFPB, que tanto foram feitas na*
54. *Internet, como no mural da instituição, conforme previsto no edital*
55. *do concurso, como também no edital de convocação de matrícula,*
56. *nos quais são enfatizados a necessidade de efetuar a matrícula no*
57. *prazo estipulado, bem com as consequências jurídicas de sua*
58. *perda.*
59. *Assim, a perda do prazo decorreu apenas e exclusivamente da não*
60. *adoção do grau de diligência esperado dos genitores do impetrante.*
61. *para o correto acompanhamento das normas regentes da matrícula*
62. *do curso Técnico Integrado ao médio.*
63. *Não obstante, o caso em discussão merece temperamentos. É que,*
64. *a despeito de não desconhecer esta Magistrada que a matrícula*
65. *além do prazo previsto nas normas atinentes à espécie (in casu o*
66. *Edital de Matrícula, de 17.01.2012) pode ocasionar inconvenientes*

67. *para o órgão dirigido pela autoridade impetrada, devido à sua*
 68. *natureza sancionatória, aliado ao fato de que em jogo o direito à*
 69. *educação, garantia constitucional necessária ao exercício da*
 70. *cidadania e qualificação para o trabalho; tenho que se mostra, neste*
 71. *primeiro exame, destituída de razoabilidade a negativa de matrícula*
 72. *do impetrante, por ter ausente a culpa do absolutamente incapaz*
 73. *pelo ocorrido, diante do que não há como se lhe negar o pleito."*

 FRAGMENTO 2

No primeiro trecho do voto (linhas 17-19), o desembargador faz um novo breve relato acerca do conflito em julgamento, mencionando, mais uma vez, que a vaga no curso técnico de instrumento musical advém de cota da rede pública.

Nas linhas 20-23, o desembargador argumenta que a sentença pautou-se pela prevalência da educação a formalidades editalícias, como forma de garantir o exercício à cidadania e qualificação para o trabalho, passando a transcrever excertos do comando sentencial. O desembargador deixa subentendido que adotará a fundamentação da sentença como razão de decidir.

A sentença transcrita apresenta, nas linhas 24-34, um resumo das razões apresentadas pela parte autora em mandado de segurança. Relata que, segundo a parte autora, a perda do prazo para a matrícula ocorreu de forma involuntária diante do curto prazo de apenas seis dias entre a publicação do edital de convocação e a data da matrícula que, a seu ver, ofende aos princípios da publicidade e do acesso à educação, e do fato de sua representante legal ser pessoa simples e não possuir computador em casa, logo, também não possuir internet, sendo este o único meio de publicidade do edital. Dessa forma, a parte autora invoca um argumento jurídico (ofensa a princípios de Direito) e outro social (a hipossuficiência da sua genitora).

Nas linhas 35-43, a sentença reproduzida afasta o argumento jurídico quanto à exiguidade do prazo de 06 (seis) entre as datas de convocação e de matrícula, alegando a autonomia universitária prevista no art. 206, *caput*, da CF/88⁷² para estipular

⁷² Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

tais prazos, a qual só seria passível de afastamento em se verificando ilegalidades, antecipando não ser essa a hipótese dos autos. Em seguida (linhas 44-47), a sentença refuta o argumento da parte autora de que a internet seria o único meio de publicidade do edital, afirmando, com base no edital, que a convocação para matrícula também foi disponibilizada no mural da IFPB da cidade de Monteiro, na Paraíba.

Nas linhas 48-58, a sentença utiliza o indicador argumentativo de corroboração “na verdade” para chegar à conclusão de que a genitora da parte autora agiu com desídia, partindo das premissas de que ela mora no centro da cidade de Monteiro e não compareceu à IFPB no período do edital, deixando subentendido que a instituição de ensino fica perto da sua residência. A sentença reitera a conclusão de desídia da genitora ao afirmar que ela é responsável pela parte autora, menor de idade, e tinha o dever de acompanhar a divulgação dos resultados da aludida instituição de ensino e de saber as consequências jurídicas da perda do prazo para a efetivação da matrícula.

A partir do operador argumentativo de modo “assim”, a sentença, adotada como razão de decidir pelo desembargador, conclui que “a perda do prazo decorreu apenas e exclusivamente da não adoção do grau de diligência esperado dos genitores do impetrante”.

Em que pese a conclusão de que a perda do prazo para a matrícula ocorreu exclusivamente por desídia da genitora da parte autora, a sentença, nas linhas 63-73, entende que o caso merece “temperamentos” traduzidos na superação da regra editalícia com fundamento no **princípio da razoabilidade**. Assim, a sanção é afastada sob o argumento de que a parte autora, menor de idade, não teve culpa pela perda do prazo de matrícula. Para “legitimar” juridicamente a decisão, a sentença faz alusão genérica ao direito à educação, garantia constitucional necessária ao exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

74. A sentença se encontra em consonância com entendimento já

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

75. esposado por este Tribunal, em situação análoga, no sentido de que a “exegese
76. das normas constitucionais deve prestigiar a largueza de sua compreensão e
77. aplicação, de sorte que os institutos de proteção de direitos e liberdades não
78. resultem diminuídos na sua eficácia e amplitude, subordinando-se a interesses de
79. menor hierarquia, ainda que de inegável legitimidade jurídica”, conforme se vê do
80. julgado a seguir transcrito:

81. *“ADMINISTRATIVO. VESTIBULAR. IMPETRANTE HUMILDE,*
82. *RESIDENTE NO INTERIOR, COM DIFICULDADES DE ACESSO*
83. *AOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. PERDA DO PRAZO PARA*
84. *EFETIVAR A PRÉ-MATRÍCULA NA UFPB. DIREITO À EDUCAÇÃO.*
85. *ARTS. 6º E 205 DA CF. SEGURANÇA CONCEDIDA PARA*
86. *ASSEGUARAR A MATRÍCULA, DESDE QUE HAJA VAGA NO*
87. *CURSO DE PEDAGOGIA.*

88. *1. Não devem prevalecer certas formalidades, como a perda do*
89. *prazo para a matrícula, em detrimento do direito à educação (arts.*
90. *6o. e 205 da CF/88); mormente quando não há prejuízo para*
91. *nenhuma das partes envolvidas.*

92. *2. A exegese das normas constitucionais deve prestigiar a largueza*
93. *de sua compreensão e aplicação, de sorte que os institutos de*
94. *proteção de direitos e liberdades não resultem diminuídos na sua*
95. *eficácia e amplitude, subordinando-se a interesses de menor*
96. *hierarquia, ainda que de inegável legitimidade jurídica.*

97. *3. Remessa de ofício improvida.”*

98. (TRF5, REO 94064, Relator Desembargador Federal Napoleão Maia
99. Filho, 2ª Turma, Data da Decisão 20/06/2006, DJ 31/07/2006)

100. Além disso, tendo o impetrante se beneficiado com um
101. provimento liminar favorável em 29/02/12, seria desproporcional desconstituir a
102. situação fática consolidada por uma mera formalidade.

103. Em face do exposto, adotando os fundamentos da sentença,
104. NEGOU PROVIMENTO à apelação e à remessa oficial.

105. É como voto.

FRAGMENTO 3

No fragmento 3 (linhas 74-99), o desembargador conclui a decisão pela manutenção da sentença, alegando, que essa se encontra em consonância com o entendimento esposado pelo tribunal em um precedente julgado no ano de 2006 (aproximadamente sete anos antes da prolação do acórdão em tela), justificando tal conclusão a partir de trecho do aludido precedente, que proclama o prestígio da ampla exegese das normas constitucionais em detrimento de interesses de menor hierarquia que possam resultar em diminuição dos direitos e liberdades fundamentais, passando, então a transcrevê-lo. Percebe-se que o desembargador alude à proteção dos direitos

fundamentais em meio a uma lacuna discursiva, não apresentando a distorção na relação meio-fim capaz de justificar o afastamento da regra em nome da **proporcionalidade e razoabilidade**. O precedente é invoca como mero recurso retórico.

Nas linhas 100-102, o desembargador faz uso do operador argumentativo de adição “além disso” para convencer o acerto da decisão também em razão de a parte autora já estar cursando a disciplina de instrumento musical, levando a concluir, com base no **princípio da proporcionalidade** que a desconstituição da situação fática já consolidada seria desaconselhada.

Em seguida (linhas 103-15), o desembargador proclama o improvimento da apelação e remessa oficial, a partir da adoção dos fundamentos da sentença.

O quadro comparativo entre as contradições das decisões “I” e “J” ficou assim:

DECISÃO I

- O desembargador nega o direito da parte autora de matricular-se em curso universitário em razão da perda do prazo fixado em edital.

- Para o desembargador, o fato de a parte autora morar num sítio na zona rural da Paraíba, pertencer à família de baixa renda e não dispor de internet em casa não é justificativa para a perda do prazo da matrícula, já que as datas fixadas pelo edital eram de conhecimento prévio, afastando, assim, a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

- O desembargador ignora o contexto social que permeia a demanda.

DECISÃO J

- O desembargador concede o direito da parte autora de matricular-se em curso universitário mesmo perdendo o prazo fixado em edital.

- O desembargador reconhece que a perda do prazo para a matrícula no curso ocorreu exclusivamente por desídia da genitora da parte autora, que vive em condição de hipossuficiência financeira, mesmo morando próximo à instituição. Entretanto, com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade afasta a regra editalícia, por entender que a parte autora não teve culpa pela perda do prazo de matrícula.

- O desembargador leva em consideração o contexto factual da demanda.

5.4. Discussão e resultados

O resumo dos fatos (relatório), em todos os casos, mostra-se insuficiente à adequada compreensão dos argumentos apresentados pelas partes litigantes, dificultando o entendimento da controvérsia e prejudicando o exercício do direito recursal para as Cortes Superiores (STJ e STF), cuja análise jurídica fica adstrita aos fatos delimitados nos acórdãos. Foi observado que em todas as situações em que foram interpostas contrarrazões (só no caso julgado pela decisão “J” a parte adversa deixou de manifestar-se), as decisões apenas citam as respectivas folhas dos autos deixando de expor argumentos ali apresentados. Tal omissão tem maior repercussão principalmente nos casos apreciados pelas decisões “D”, “G” e “H”, já que os julgamentos foram parcialmente desfavoráveis à parte que ofereceu as contrarrazões.

No relatório, que juridicamente deveria conter a suma do pedido, da resposta do réu e o registro das principais ocorrências havidas no processo (art. 458, do CPC), denota-se a “seleção” de fatos relevantes e argumentos que interessam à decisão.

Em sendo o relato sobre fatos um ponto de vista sobre a “realidade”, dentre vários possíveis, a propagada “imparcialidade” do julgador, inclusive, na hora de expor o cenário da controvérsia, não passa de uma ficção jurídica que, enfim, vem sendo desmistificada pelos juristas. Como, recentemente, o Ministro do STF Luís Roberto Barroso chamou a atenção:

“Decisões judiciais, com frequência, refletirão fatores extrajurídicos, dentre eles incluem-se os valores pessoais e ideológicos do juiz, assim como outros elementos de natureza política e institucional. Por longo tempo, a teoria do Direito procurou negar esse fato, a despeito das muitas evidências”. (BARROSO, 2014, p.26).

Pelas análises depreende-se que o discurso jurídico, assim como todo discurso, assume posturas ideológicas que permeiam desde a narrativa dos fatos até o desfecho da controvérsia. Partido da premissa de que não existe discurso neutro, todo fato é apropriado por um “ver como” conformando-se com os valores, a ideologia, as lentes sociais daquele que o vê.

A escolha das palavras utilizados no discurso, a ênfase a determinados fatos e argumentos, a omissão em relação a outros, tudo isso direciona ideologicamente o discurso, não estando aleatoriamente no texto. Como já alertou Técio Sampaio Ferraz Jr. (2011, p. 321) “na decisão, pode-se dizer, a verdade factual está sempre submetida à valoração”.

Nas análises realizadas percebe-se que a exposição dos fatos (o ponto de vista sobre a “realidade”) é o fio condutor do discurso das decisões judiciais.

Essa questão de que a “escolha” dos fatos relevantes é determinante à tomada de decisão fica evidente nas análises do 1º par de decisões, por exemplo. Enquanto na decisão “A” o valor do inadimplemento das parcelas do REFIS é desprezado pelo julgador, embora tal importe fosse equivalente a 0,00% do débito atualizado em cobrança; a decisão “B”, proferida por outro desembargador, entende como relevante a circunstância de as diferenças não somarem um valor “exorbitante”. Embora o julgador da decisão “B” não revele o que entende por “exorbitante”, evidentemente, é inquestionável que 0,00% do débito é um valor desprezível. Logo, se o valor das diferenças tivesse sido considerado como “relevante” em ambos os casos, provavelmente, o desfecho da decisão “A” seria diferente.

Outro ponto que repercutiu na contradição das decisões que compõem o 1º par, está na interpretação do termo “regularidade” adotada nos dois julgados. Nota-se que tal interpretação decorre da **linguagem em uso**. Na decisão “A”, o julgador interpreta que “pagamento regular” corresponde a “pagamento integral e correto de cada parcela, mês a mês”; já na decisão “B”, o mesmo termo é interpretado como “pagamento periódico”, ainda que em valor menor que o previsto na parcela. Aqui, assim como acolá, a resolução das controvérsias poderia ser equivalente, caso os julgadores tivessem adotado a mesma interpretação.

Se de um lado, a “seleção” dos fatos direciona a norma aplicável; do outro, a textura aberta da linguagem possibilita diversas interpretações. As diversas “leituras” feitas pelos julgadores, a partir da sua pré-compreensão acerca da controvérsia, denotam o leque de possibilidades de desfechos judiciais para idênticos conflitos.

Essa contradição na forma de interpretar os fatos, verificada em todos os pares de decisões analisados, demonstra que os aspectos relevantes para a aplicação da norma são determinados pelo julgador e não pelo conteúdo preliminar descrito no texto normativo, corroborando o entendimento de que “a consideração ou não de circunstâncias específicas não está predeterminada pela estrutura da norma, mas **depende do uso que dela se faz**” (ÁVILA, 2013, p. 68, grifo nosso).

Nem todas as decisões fazem menção expressa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, contudo, em todos os pares ao menos uma delas invoca tais princípios como fundamento jurídico legitimador.

Tome-se, exemplificativamente, o 3º par. Na decisão “E”, o desembargador julga a lide a partir da literalidade da Portaria nº 16/2011 do MEC, sem adentrar na análise do requisito etário como um *discrímen* constitucionalmente autorizado (ou não). As balizas da proporcionalidade e da razoabilidade sobre o rígido critério da idade não são apreciadas pelo julgador na sua decisão. Em sentido oposto, na decisão “F”, o desembargador “opta” por afastar o critério etário, julgando-o inconstitucional com base nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da meritocracia, sem, contudo, enfrentar a regra prevista naquela portaria que, sem dúvidas, é o cerne da controvérsia.

Infere-se, pelas análises, que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ora são adotados; ora são desprezados pelo julgador, o que demonstra a sua manipulação, quando interessa, como ferramenta decisória.

Pelas análises é possível constatar ainda que o discurso jurídico é ideologicamente guiado pelo contexto no qual se apresenta a controvérsia, de modo que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são utilizados como instrumentos para “justificar” a tomada de decisão baseada em posturas do julgador (“suas lentes”) sobre determinadas questões sociais que permeiam os julgados.

Dessa forma, a decisão “B” relativiza a regra do REFIS em razão dos “honrosos trabalhos que a Autora [entidade beneficente] realiza junto à população do seu Estado no campo da prestação da saúde”; a decisão “D” reduz a multa aplicada pelo IBAMA diante da hipossuficiência do infrator “beneficiário da justiça gratuita, auxiliar de serviços gerais e pai de 04 crianças menores de idade”; a decisão “E” afasta a regra de

obtenção da certificação de conclusão do ensino médio com base nas notas do ENEM em prevalência ao “acesso à educação e a garantia da observância do princípio da meritocracia”; a decisão “H” anula a multa aplicada a CEF por sê-la “gestora de grande número de programas sociais do governo”; e a decisão “J” admite a matrícula intempestiva de aluno da cota da rede pública, no curso técnico de instrumento musical da IFET/PB, por entender que como o interessado é menor de idade “a perda do prazo decorreu apenas e exclusivamente da não adoção do grau de diligência esperado dos genitores”.

Como foi abordado no capítulo 3, a estrutura da ponderação está calcada na hipótese de colisão entre princípios, entretanto, pelas análises percebe-se que o princípio da proporcionalidade (e da razoabilidade), inspirado na doutrina alemã, é utilizado como instrumento para a não aplicação das regras jurídicas quando “relevantes” os motivos para tal superação.

A relevância é, muitas vezes, justificada por razões de ordem social, como acontece nas decisões “B”, “H” e “J”. De acordo com as análises dessas decisões, o julgador reconhece a regra jurídica aplicável ao caso, entretanto deixa de aplicá-la com base em argumentos de cunho social, suscitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como forma de legitimar juridicamente o discurso. Quer dizer, Tais princípios são tratados como ferramentas decisórias para ultrapassar a aplicação da regra jurídica em razão do contexto no qual se apresenta o caso concreto.

De igual forma, chega-se à conclusão de que, nos discursos analisados, o manejo dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade vem desacompanhado de uma maior carga na fundamentação da decisão, como defendem os juristas no plano teórico.

Não se verifica, em nenhuma das decisões, a justificação dos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito que, metodologicamente, fundamentam a aplicação desses princípios. Tais princípios são invocados a despeito de uma motivação mais robusta como se a sua mera alusão (“em nome dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade deve ser...”) fosse suficiente para legitimar a decisão judicial. Fica evidenciado que a aplicação desses princípios

ocorre de modo “silogístico” sem a devida preocupação com a carga de fundamentação.

Pelas decisões analisadas também se observa que os precedentes são utilizados como forma de neutralizar a discussão, “justificando” a falta de aprofundamento do debate sobre pontos que deveriam ser abordados na resolução da controvérsia. Verifica-se, por igual, que o uso de precedentes não segue uma metódica, não se levando em conta questões como o órgão julgador, a data do julgamento, se a posição é majoritária ou não, etc. A escolha ocorre de forma aleatória servindo apenas como mero “reforço argumentativo” ao discurso jurídico.

Pelas análises realizadas é possível concluir que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são adotados pelo julgador como mera estratégia discursiva para legitimar juridicamente a decisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modo como se enxerga o mundo é interpretativo. E esse olhar sobre (uma particular) “realidade” não ocorre num vácuo social, mas sim na práxis. É na dimensão da práxis que o homem percebe a “realidade” através de padrões sociais preestabelecidos (através de “lentes sociais”), o que pode levar diferentes intérpretes a diversas “versões” sobre o mundo cuja manifestação só é possível através da linguagem.

A linguagem, nessas circunstâncias, não é um mero instrumento nem uma simples representação da realidade, mas sim uma forma de ação sobre o mundo, materializando-se no discurso. Nenhum texto é neutro ou imparcial. As escolhas das palavras utilizadas, a exposição dos fatos, (ênfatizando uns; obscurecendo ou até omitindo outros), a forma como o texto encontra-se estruturado, são alguns dos múltiplos fatores que indicam a orientação argumentativa pretendida no discurso e suas marcas ideológicas. Assim, questões da ordem da fala e do contexto são significativas para a linguagem que, como prática social, é resultado do uso que dela se faz.

Transpondo esse olhar crítico sobre a linguagem para o Direito, percebe-se, com uma certa facilidade, que o julgador também interpreta o conflito judicializado através das suas “lentes sociais”, de forma que as diversas “leituras” possíveis acerca dessa particular realidade podem dar ensejo a desfechos judiciais discrepantes em casos idênticos.

Essa potencial contradição na forma de interpretar o conflito judicializado demonstra que os aspectos relevantes para a aplicação da norma são determinados pelo modo como o julgador “lê” a controvérsia e não pelo conteúdo preliminar descrito nas regras jurídicas, já que a consideração (ou não) de circunstâncias específicas (sua importância ou insignificância) não se encontra predeterminada no enunciado jurídico, mas **depende do uso que dele se faz.**

Assim como é inadmissível um discurso descontextualizado, não se concebe, por igual, uma decisão judicial, que é o discurso jurídico por excelência, à margem de um

contexto. Na atividade interpretativa do juiz acerca dos fatos, provas e normas jurídicas, o contexto no qual se insere o caso a ser decidido será determinante na escolha do sentido normativo “correto” (sob as lentes daquele que julga) para a resolução da controvérsia.

Entretanto, entender que a interpretação do Direito guia-se pela problemática do caso concreto não legitima o intérprete-julgador a desvincular-se dos enunciados jurídicos, pois só será válido o sentido normativo atribuído pelo juiz que, partindo do texto legal, encontre pertinência na ordem posta. Quer dizer, embora não seja possível controlar a forma como se “enxerga” a controvérsia e suas múltiplas leituras, os sentidos normativos dos enunciados jurídicos construídos pelo julgador devem respeito aos limites significativos do texto e à esfera normativa do Direito.

Se é certo que o julgador não se encontra livre para decidir à revelia da ordem jurídica posta, em que pese a liberdade que possui na interpretação da controvérsia, é igualmente correto concluir que tais limites de atuação encontram na textura aberta da linguagem jurídica seu principal obstáculo ao alcance da tão sonhada segurança jurídica, seja em razão das imprecisões da linguagem ordinária que são inexoravelmente transferidas à linguagem jurídica; seja em razão da formatação do Direito mediante uma linguagem geral e abstrata que, em muitos casos, gera incertezas acerca do comportamento exigido diante das particularidades do caso concreto.

O juiz na condição do autêntico intérprete do Direito exerce uma atividade criativa buscando soluções para questões concretas e atuais, sendo falacioso dissociar a compreensão da problemática posta no caso concreto da interpretação das normas jurídicas incidentes. E essa atividade criativa do juiz, que implica na busca pelo “justo” sentido normativo dos enunciados jurídicos entre os múltiplos possíveis, confere-lhe, por óbvio, espaços livres de atuação, inexistindo uma única solução correta, mas várias soluções validadas pelo sistema jurídico e “justas” sob a ótica daqueles que realizam o Direito cotidianamente. O que irá variar é a **intensidade da intervenção do julgador** de acordo com o grau de indeterminação dos enunciados jurídicos.

Esse espaço de livre atuação conferido ao intérprete-julgador será tanto mais denso quanto maior for a alusão a **conceitos com alto grau de indeterminação** cuja

definição precisará sempre ser complementada pelo magistrado à luz das circunstâncias do caso concreto, como ocorre com os conceitos de “proporcionalidade” e “razoabilidade”.

O uso aleatório dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, cuja definição só é atingida na problemática do caso concreto, vem maximizando as possibilidades de decisões em qualquer sentido, inclusive, antagônicos, deixando transparecer que seu uso tem conexões com o modo como o julgador “lê” a controvérsia. Essa situação resta clarividente nas análises das decisões judiciais realizadas através da presente pesquisa, na medida em que tais princípios ora são adotados; ora são desprezados pelo julgador, o que demonstra a sua **manipulação**, quando interessa, **como ferramentas decisórias**.

Pelas análises também foi possível constatar que o discurso jurídico é ideologicamente guiado pelo contexto no qual se apresenta a controvérsia, de modo que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade vêm sendo utilizados como instrumentos para “justificar” a tomada de decisão baseada em posturas do julgador (“suas lentes”) sobre determinadas questões sociais que permeiam os julgados.

Esse juízo de ponderação, daquilo que é proporcional e razoável no caso concreto, vem sendo amplamente legitimado sem a necessária motivação exigida pela metódica que lhe dá suporte (a demonstração do atendimento aos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito propostos pela doutrina alemã), expandindo-se, inclusive, para situações em que não se está diante de uma colisão de princípios ou não se exerce o controle de constitucionalidade de uma lei. Dessa forma, o uso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como ferramentas decisórias vem ocorrendo em qualquer situação sem a devida preocupação com a carga de fundamentação, como se a sua mera alusão fosse suficiente para legitimar a decisão judicial.

Não se pode ignorar que o Direito vive um momento de crise metodológica em busca do equilíbrio entre regras jurídicas (redutoras da atuação do julgador) e princípios (ampliadores dessa atuação). Se, de um lado, a supremacia das regras sobre princípios é nefasta, como restou comprovada a experiência positivista; do outro, a sobreposição

de princípios a regras é igualmente perigosa à prática de arbítrios na tomada de decisão. Em alguns casos, a técnica da subsunção não atende satisfatoriamente às finalidades das regras e o julgar conforme o contexto (algumas situações demandam ponderações); em outros, a resolução de controvérsias dispensa a ponderação de princípios (há casos em que é possível a aplicação de princípio pelo método subsuntivo). Essa atual problemática emana, principalmente, porque o Direito não consegue encontrar uma saída “segura” para a resolução de controvérsias a partir do seu contexto.

Nesse panorama, acredita-se que o Poder Judiciário brasileiro precisa despertar para o fato de que a linguagem jurídica, produto da linguagem ordinária, materializa-se no seu uso, dentro de um contexto. O despertar para a língua em ação pode auxiliar o Poder Judiciário a assumir que o contexto no qual se apresenta a controvérsia influencia o sentido normativo das regras jurídicas, dando, assim, um importante passo ao abandono do uso de “corretivos”, como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para justificar a tomada de decisão em função do contexto.

É preferível assumir que a linguagem jurídica sofre influência do contexto (social e conflituoso), admitindo a abertura para a oscilação de sentido da norma, dentro dos limites significativos do texto e da esfera normativa do Direito, e exigindo do julgador uma fundamentação consistente, a obscurecer a problemática da tomada de decisão em qualquer sentido, inclusive sentidos contraditórios, a partir do uso aleatório de estratégias discursivas, como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, quando conveniente ao discurso defendido.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005a.

_____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 24, p. 334-344, out/dez, 2005b.

_____. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 25, p. 297-310, jan/mar, 2006.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAÚJO, Inês Lacerda. **Do signo ao discurso**: introdução à filosofia da linguagem. São Paulo: Parábola, 2004.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____, Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 236, p. 369-384, abr/jun, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 18, p. 105-143, abr/jun, 2004.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 271-316

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 58, p. 129-173, jan/mar, 2007.

_____. Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política. **Migalhas de Peso – portal Migalhas Jurídicas**, 5 fev. 2014. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI194782,51045-Jurisdicao+Constitucional+A+tenue+fronteira+entre+o+Direito+e+a>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. As ruas, a opinião pública, a constituição e o supremo. **Revista Consultor Jurídico**, 26 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-ruas-opinioao-publica-constituicao-supremo>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. São Paulo: EDIPRO, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. de Antonio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CITELLI, Adilson. **Linguagem e persuasão**. 15. ed. São Paulo: Ática, 2002.

COLARES, Virgínia. Direito, produção de sentido e o “regime de liberdade condicional”. In: _____ (Org.). **Linguagem e direito**. Recife: Universitária da UFPE, 2010. p. 299-338.

DASCAL, Marcelo (Org.). **Conhecimento, linguagem e ideologia**. São Paulo: Perspectiva, 1989.

DUCROT, Oswald. **Estruturalismo e Linguística**. Trad. de José Paulo Paes. 2 ed. São Paulo: Cultrix, 1968.

_____. **O dizer e o dito**. Trad. de Eduardo Guimarães. Campinas: Pontes, 1987.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Trad. de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2012.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. de J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Coord. de Trad. Izabel Magalhães. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

FERRAZ JR., Tércio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2007.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. Trad. de Salma Tannus Muchail. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **A verdade e as formas jurídica**. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

_____. **A ordem do discurso**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 255-269.

HANS, William F. **Língua como prática social: das relações entre língua, cultura e sociedade a partir de Bourdieu e Bakhtin**. São Paulo: Cortez, 2008.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [1961] 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KEMPSON, Ruth M. **Teoria semântica**. Trad. de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Introdução à linguística textual: trajetórias e grandes temas**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. de José Lamago. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [1960] 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Precisamos de regra sobre fundamentação de decisões?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-19/processo-precisamos-regra-fundamentacao-decisoes>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

NEVES, António Castanheira. **O direito hoje e com que sentido?**. Lisboa: Piaget, 2002.

_____. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. Efetividade do processo, conceitos indeterminados e direito jurisprudencial. **Jus et Fides**: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco, Recife, n. 1-2, p. 157-167, julho, 2003-2004.

OLIVECRONA, Karl. **Linguagem jurídica e realidade**. Trad. de Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. Trad. de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMALHO, Viviane; Resende, Viviane de Melo. **Análise de discurso (para a) crítica: o texto como material de pesquisa**. Campinas: Pontes, 2011.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Os conceitos indeterminados no direito tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 149, p. 63-76, fevereiro, 2008.

SÁ FILHO, Fábio Menezes de; ROCHA, Rubervan Dantas da. Análise crítica do discurso a partir do estudo das escolhas lexicais de uma decisão judicial. **Revista Advocatus Pernambuco**, Recife, n. 10, p. 29-38, abril, 2013.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. Trad. de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 30 ed. São Paulo: Cultrix, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 798, p. 23-50, 2002.

SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm. Trad. de João Maurício Adeodato. **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, n. 7, p. 251-273, 1996.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, p. 11-53, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O Supremo não é o guardião da moral da ação. **Revista Consultor Jurídico**, 5 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 05 set. 2013.

STRUCHINER, Noel. **Direito e Linguagem**: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SYTIA, Celestina Vitória Moraes. **A linguística textual e a análise do discurso**: uma abordagem interdisciplinar. Frederico Westphalen: Universidade Regional Integrada do Alto do Uruguai e das Missões, 1995.

_____. **O direito e suas instâncias linguísticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Vozes, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: _____ (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 397-450.

VICTOR, Alexandre José Gois de. **As cláusulas gerais no sistema processual brasileiro e a efetividade da decisão judicial**: uma análise sobre a aplicabilidade do § 5º do art. 461 do CPC. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco, Pro-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2012.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Trad. de Kelly Susane Alflen da Silva. 5. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 3. ed. Noeses: São Paulo, 2005.

_____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. vol. 1, São Paulo: Axis Mundi/ IBET, 2003.

WARAT, Luis Alberto. Colaboração Leonel Severo Rocha. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.