



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
Credenciada pelo Decreto Estadual nº 3.909, publicado no D.O.E. nº 7.861, de 1.º-12-2008
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CAMPUS DE JACAREZINHO
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA
Recomendado pela Portaria do MEC nº 524, de 29 de abril de 2008

**RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE: métodos para construção de um
processo civil efetivo e seguro**

FUNÇÃO POLÍTICA DO DIREITO

FILIPPE BRAZ DA SILVA BUENO

JACAREZINHO – 2015



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
Credenciada pelo Decreto Estadual nº 3.909, publicado no D.O.E. nº 7.861, de 1.º-12-2008
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CAMPUS DE JACAREZINHO
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA
Recomendado pela Portaria do MEC nº 524, de 29 de abril de 2008

**RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE: métodos para construção de um
processo civil efetivo e seguro**

FUNÇÃO POLÍTICA DO DIREITO

FILIFE BRAZ DA SILVA BUENO

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas, no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas, Área de Concentração em “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão”, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Orientador: Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza

JACAREZINHO – 2015

Bueno, Filipe Braz da Silva

RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE: métodos para construção de um processo civil efetivo e seguro / Filipe Braz da Silva Bueno. Jacarezinho, PR: Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2015.

CC, 131f

Orientador: Gelson Amaro de Souza
Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) □ Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2015.

1. Efetividade da tutela jurisdicional. 2. Segurança Jurídica. 3. Proporcionalidade. 4. Razoabilidade. I. Título

CDD 347.9

FILIFE BRAZ DA SILVA BUENO

RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE: métodos para construção de um processo civil efetivo e seguro

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada na sua forma final pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na área: “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão”; linha de pesquisa: “Função Política do Direito”

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza

Prof. Dr. Maurício Gonçalves Saliba

Prof. Dr. Henrique Garbellini Carnio

A todos aqueles que, assim como eu, acreditam na transformação da nossa realidade a partir da mudança das nossas próprias ações.

AGRADECIMENTOS

Ao Criador, pela iluminação.

À Keren, minha esposa, por todo amor e apoio.

Aos meus pais e toda família, pelo suporte.

Aos meus amigos, em especial ao Roger, por toda a ajuda.

A todos os professores, em especial o Prof. Gelson, Prof. Willis, Prof. Henrique e Prof. Clérico, por terem compartilhado comigo o seu tempo e conhecimento.

“Se queres mudar ao mundo, muda-te a ti mesmo”.
“Seja a mudança que você gostaria de ver no mundo”.

Mahatma Gandhi

BUENO, Filipe Braz da Silva. **Razoabilidade e Proporcionalidade: métodos para construção de um processo civil efetivo e seguro**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho-PR, 2015.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo verificar se os métodos de aplicação desenvolvidos a partir da razoabilidade e da proporcionalidade podem fornecer meios para equilibrar os aspectos da efetividade da tutela jurisdicional e da segurança jurídica no âmbito do processo civil. A pesquisa tem caráter qualitativo, sendo realizada a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Foram analisados os aspectos da efetividade da tutela jurisdicional e da segurança jurídica, em especial, quanto à possibilidade de compatibilização destes e os pontos sensíveis trazidos pela Lei 13.105/2015. Os métodos de aplicação da razoabilidade foram trazidos a partir das teorias que encontraram no razoável a alternativa para aplicação da norma, onde o silogismo não é suficiente e a partir do desenvolvimento do devido processo legal substantivo nos EUA. Já os métodos de aplicação da proporcionalidade foram estudados a partir de seu desenvolvimento na Alemanha e no Canadá. Em síntese, verificou-se que os métodos de aplicação fornecidos pela razoabilidade e proporcionalidade podem ser decisivos para a construção de um processo civil efetivo e seguro, por terem a capacidade de trabalhar com princípios colidentes, critérios materiais e normas abertas, assim como, por fomentarem a necessidade de justificação. Caso não haja um método bem definido de aplicação, esses meios podem se tornar perigosos e mascarar arbitrariedades.

Palavras-chave: Efetividade da tutela jurisdicional. Segurança Jurídica. Proporcionalidade. Razoabilidade.

ABSTRACT

The research goals to check whether the application of methods developed from the reasonableness and proportionality that can provide a means to balance the aspects of the effectiveness of judicial protection and legal security in the context of civil process. The research is qualitative, being held bibliographic and jurisprudential research. The aspects of the effectiveness of protection judicial and legal security were analyzed, in particular on the possibility of reconciling these aspects and sensitive points brought by Law 13.105/2015. The application methods of reasonableness were brought from the theories they found in the reasonable alternative for the application of the rule which the syllogism is not enough and from the development of substantive due process of law in the US. The application methods of proportionality were studied and development from Germany and Canada. In summary, it was found that the application methods provided by the reasonableness and proportionality it can be decisive for building a safe and effective civil process to having the ability to work with conflicting principles, materials criteria and open standards, as well as, by foster the need for justification. However, if there is not well-defined application method, it can become dangerous means to mask arbitrariness.

Keywords: Effectiveness of Judicial Protection. Legal Security. Proportionality. reasonableness.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1. PROCESSO CIVIL SEGURO E EFETIVO | 12 |
| 1.1 PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EFETIVIDADE DO PROCESSO | 12 |
| 1.2 PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA SEGURANÇA JURÍDICA | 19 |
| 1.2.1 Segurança Jurídica no Estado Democrático de Direito | 21 |
| 1.2.2 Trajeto da Segurança Jurídica no Processo Civil - Formalismo | 25 |
| 1.3 CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO CIVIL JUSTO | 29 |
| 1.3.1 A necessidade de compatibilizar efetividade e segurança..... | 30 |
| 1.3.2 Pontos sensíveis do processo | 32 |
| 2. RAZOABILIDADE | 42 |
| 2.1 A RAZOABILIDADE COMO PARÂMETRO PARA FLEXIBILIZAÇÃO | 43 |
| 2.1.1 A necessidade de ir além da lógica formal | 44 |
| 2.1.2 A alternativa dada pela razoabilidade | 46 |
| 2.1.3 Procedimentos para aplicação da razoabilidade | 49 |
| 2.2 PERSPECTIVA DESENVOLVIDA NO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO | 58 |
| 2.2.1 Razoabilidade como um dos principais “Standards” do devido processo legal substantivo | 61 |
| 2.2.2 Controle mínimo - <i>Minimal Scrutiny</i> | 63 |
| 2.2.3 Controle rigoroso e intermediário - <i>Strict Scrutiny and Intermediate Scrutiny</i> | 64 |
| 2.2.4 Balanceamento - <i>Balancing</i> | 66 |
| 2.3 ADOÇÃO DA RAZOABILIDADE NO BRASIL E A NECESSIDADE DE DESENVOLVIMENTO | 68 |
| 2.3.1 Potencialidades da razoabilidade para precisão do equilíbrio das técnicas processuais | 74 |
| 3. PROPORCIONALIDADE | 78 |
| 3.1 AS VANTAGENS DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO E A PROPORCIONALIDADE | 79 |
| 3.2 PERSPECTIVA DESENVOLVIDA NA ALEMANHA | 85 |
| 3.2.1 Adequação | 88 |
| 3.2.2 Necessidade | 90 |
| 3.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito | 91 |
| 3.2.4 Legitimidade do objetivo | 93 |
| 3.2.5 Diferenciação terminológica | 94 |
| 3.3 PERSPECTIVA DESENVOLVIDA NO CANADÁ | 97 |
| 3.3.1 Mecânica de dois passos | 100 |
| 3.3.2 Teste da importância suficiente do objetivo - <i>Sufficiently Important Objective</i> | 102 |
| 3.3.3 Teste da conexão racional - <i>Rational connection</i> | 102 |
| 3.3.4 Teste do mínimo prejuízo - <i>Minimal impairment</i> | 104 |
| 3.3.5 Proporcionalidade ou balanceamento | 105 |
| 3.4 ADOÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NO BRASIL E A URGÊNCIA POR UMA METÓDICA | 106 |
| 3.4.1 Potencialidades da proporcionalidade para o processo | 111 |
| CONCLUSÃO | 116 |
| REFERÊNCIAS | 122 |

INTRODUÇÃO

Diante da era dos direitos, onde os princípios assumem o centro do ordenamento jurídico sustentados por constituições com força normativa na tentativa de resguardar sociedades complexas e multiculturais, o processo necessita implementar ferramentas para se reinventar como método de oferecimento da tutela jurisdicional.

Um dos grandes desafios do processo civil contemporâneo é conseguir ser dinâmico em quadros cada vez mais complexos de litígios. Assim, um dos pilares processuais mais lembrados é a efetividade, que reclamou por diversas mudanças, principalmente sobre o terreno, da antes soberana, segurança jurídica.

Porém, os avanços dos institutos processuais em prol da efetividade podem corroer de modo prejudicial ao processo como um todo e estigmatizar os valores trazidos pela segurança jurídica. Sendo assim, o objetivo desta pesquisa é verificar a possibilidade de aplicação de métodos, para que o processo civil possa manter os aspectos essenciais, tanto da efetividade, quanto da segurança jurídica.

Tais métodos propostos são a razoabilidade e a proporcionalidade sendo estudadas em quatro grandes módulos, de modo a propiciar maiores esclarecimentos sobre as metodologias de aplicação. A escolha destes métodos se justifica pelo fato da razoabilidade e da proporcionalidade serem amplamente citadas nos julgamentos brasileiros, além de constituírem pelo mundo uma ampla rede de deliberação sobre o constitucionalismo e aplicação de direitos (principalmente os fundamentais) de forma equilibrada.

O primeiro capítulo será um delimitador da pesquisa, visto que razoabilidade e proporcionalidade podem ser utilizadas em inúmeros ramos do Direito e para diversas funções. Assim, serão estudados quatro principais eixos de ação: a) o advento do Estado Democrático de Direito e a efetividade do processo; b) o processo de queda da valorização da segurança jurídica e a sua nova concepção; c) a necessidade da segurança jurídica e efetividade trabalharem juntas para a construção do processo civil justo; d) pontos sensíveis do processo civil com ênfase nas novidades trazidas pelo Novo Código de Processo Civil – NCPC – Lei 13.105/2015.

Após estes passos, as necessidades de um processo civil efetivo e seguro estarão expostas, assim como, os seus pontos de convergência e afastamento. Desta forma, com o tema delimitado será possível iniciar a exploração dos métodos de

aplicação desenvolvidos a partir da razoabilidade e proporcionalidade, verificando se podem ser alternativas para equilibrar a segurança e a efetividade.

Quanto ao segundo capítulo, passar-se-á à investigação da razoabilidade em duas grandes vertentes: a primeira é uma síntese formada por critérios compostos pela doutrina que desenvolveu a razoabilidade como forma de aplicação jurídica, para além do método que utiliza silogismo baseado na lógica formal; a segunda é o método de aplicação que vem do devido processo legal substantivo e seus *standards* desenvolvidos nos Estados Unidos da América. Em seguida, será analisada como a razoabilidade vem sendo utilizada no Brasil, bem como os pontos que necessitam ser desenvolvidos e a sua utilidade para a construção do processo civil justo.

No terceiro capítulo será pesquisada a proporcionalidade, também em duas grandes frentes: a primeira é o método desenvolvido na Alemanha e a segunda no Canadá. Encerrado este processo, da mesma forma que ocorreu no segundo capítulo, será examinada a necessidade de desenvolvimento da proporcionalidade e a sua aplicação no Brasil, buscando encontrar as suas potencialidades para os desafios do processo civil.

A pesquisa é qualitativa e utiliza o método lógico-dedutivo, além da análise de dados jurisprudenciais. Será dada ênfase às doutrinas nacionais e estrangeiras publicadas em revistas científicas e análise de julgamentos paradigmas ou de relevância, para um melhor entendimento do tema.

1. PROCESSO CIVIL SEGURO E EFETIVO

Após passar por diversas fases históricas, o processo civil chega a uma difícil etapa de desenvolvimento, buscando conseguir conciliar segurança e efetividade em sociedades complexas e em acelerado nível de modificação.

Novos paradigmas do Direito surgem e colidem com o que estava posto, a velocidade destas colisões é cada vez mais intensa e acontecem de forma incisiva, o que acaba dificultando a estabilização e o controle das relações sociais pelos princípios e regras jurídicos.

O Direito tenta transformar-se o mais rápido possível, mas apesar de toda a aceleração das mudanças, e isso inclui aquelas do processo civil, esta movimentação jurídica não consegue acompanhar a sociedade.

Diante destas constatações, mesmo necessitando de estabilidade, o processo civil também necessita se tornar mais ágil. Efetividade e Segurança: como atuar para que as duas sejam aliadas e não rivais? Como conciliá-las?

1.1 PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

A percepção, através da qual em comunidade os seres humanos tinham sua sobrevivência facilitada, ajuda na construção das sociedades e do Estado. Na medida em que os interesses sociais se tornam fundamentais para a qualidade de vida, faz com que os anseios individuais cedam em prol do desenvolvimento da habilidade de viver em grupos:

[...] O homem teve que inventar nos campos da organização social, da distribuição de gêneros e da política, antes de ser possível as instituições dos grandes Estados organizados. À medida que o homem aumentava o número dessas invenções, tornava-se possível viver em comunidades sempre maiores e estender a lei e a ordem a áreas cada vez mais vastas. O comércio e os cerimoniais reuniam os povos pacificamente e as ideias circulavam. Os homens eram estimulados a pensar, construir e criar. Portanto, o desenvolvimento de comunidades humanas cada vez maiores, a despeito de toda a devastação que esses grandes grupos frequentemente infligiam uns sobre os outros, é um dos principais temas do progresso humano [...] (BENEDICT, 1966, p. 236).

A sociedade surge com a busca de um bem comum por tais comunidades e gera condições para o desenvolvimento de diversas capacidades (físicas, intelectuais

e morais). Por outro lado, ela também exige diversas restrições normativas, sejam elas, morais, legais ou consuetudinárias (AZAMBUJA, 1985, p. 1-2).

Como em um meio social, as vontades individuais humanas não são mais todas possíveis em detrimento do bem comum e do direito do próximo, as restrições sociais, em determinadas situações, interferem de modo decisivo na própria liberdade do ser humano (DALLARI, 2003, p. 9).

Para lidar com tais conflitos, o Estado usa o Direito como instrumento de controle social e monopoliza o poder de resolver conflitos através da jurisdição, que pode ter uma:

[...] tríplice conceituação, dizendo-se habitualmente que ela é ao mesmo tempo um poder, uma função e uma atividade. Na realidade, ela não é um poder, mas o próprio poder estatal, que é uno, enquanto exercido com os objetivos do sistema processual; assim com a legislação é o poder estatal exercido para criar normas e a administração, para governar. Como função, a jurisdição, caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado-juiz busca realizar – notadamente o escopo social de pacificar pessoas, eliminando litígios. A *atividade* jurisdicional constitui-se dos atos que o juiz realiza no processo, segundo as regras do procedimento [...] (DINAMARCO, 2001, p. 318).

Tal controle social, no contexto do Estado Liberal de Direito e da Revolução Francesa, coloca como o papel do juiz, apenas a declaração da lei estabelecida pelo legislador, não cabendo qualquer interpretação material ou papel criativo. Esta foi a forma estabelecida pela separação dos três poderes, de modo a garantir a segurança jurídica e a vontade do povo através da aplicação da lei no caso apresentado (MARINONI, 2010, p. 29-32).

Em outras palavras, o sentido literal de jurisdição (“dizer o direito”) era levado à tona. Cabia ao juiz apenas ser a voz da letra da lei, sua atuação deveria ser totalmente distante, imparcial e não poderia interpretar a lei ao caso concreto, pois estaria legislando. Portanto, pode-se dizer que o juiz, agindo assim e declarando a lei, estaria realizando seu papel com plenitude e fornecendo a tutela jurisdicional prometida.

[...] Desde a Revolução Francesa, e durante mais de um século, pondo-se no primeiro plano a legalidade e a segurança jurídica, havia-se acentuado o aspecto sistemático do direito e o aspecto dedutivo do raciocínio judiciário. Havia-se difundido a ideia de que este último não se diferenciava muito do raciocínio puramente formal: esta aproximação entre o direito e as matemáticas deveria garantir o funcionamento previsível e imparcial das Cortes e dos tribunais. Este modo de ver subordinava, mais nitidamente do que nunca, o poder judiciário ao poder legislativo e favorecia uma visão estatizante e legalista do direito [...] (PERELMAN, 1998, p. 185).

Pela necessidade de o juiz estar limitado a utilizar a letra da lei e somente poder julgar com certeza a respeito da adequação da legislação ao caso concreto, afastou-se qualquer ideia de processo flexível, tutelas antecipadas, execução antes de cognição, diferimento de contraditório, relativização de ampla defesa, etc. (MARINONI, 2010, p. 36-37).

Entretanto, quando se trata de um Estado Democrático de Direito, como o implantado pela Constituição Federal de 1988 – CF/88 no Brasil, que inclui objetivos ambiciosos (visualizados, por exemplo, no artigo 3º da CF/88¹) e conta com o compromisso de defender a dignidade da pessoa humana, a amplitude deste “dever estatal” e da tutela jurisdicional não pode ser restrita a esta visão lógico-silogística de aplicação do direito, resguardado pela máxima certeza e rigidez das formalidades processuais e da letra da lei.

A concepção de uma tutela jurisdicional para este modelo de Estado necessita de “uma ruptura com a ideia de que a função jurisdicional é cumprida com a edição da sentença (da declaração do direito ou da criação da norma individual)” (MARINONI, 2008, p. 116), sendo que, a sentença é apenas “um instrumento técnico-processual”, que nem sempre garantirá a tutela jurisdicional, pois seus efeitos devem alcançar a prática, a vida das pessoas (MENDES JUNIOR, 2006, p. 895). Mais que um ato processual estampado no papel, a tutela jurisdicional deve ser o meio de aproximação do Judiciário com a sociedade, com o mundo real, verdadeiramente efetivando direitos.

Portanto, com a modificação para o Estado Democrático de Direito, esta noção estática do processo e apenas a necessidade de fornecer uma sentença fica esvaziada, pois objetivos estatais passam a ser maiores e ele tem o dever de oferecer tutelas jurisdicionais efetivas diante da lesão ou ameaça a direitos (MARINONI, 2010, p. 139-142).

Para isto, é necessário utilizar-se de uma visão que pós Segunda Guerra no mundo e pós CF/88 no Brasil denominou-se de Neoconstitucionalismo, na qual: as constituições deixam de ser vistas como meras cartas programáticas abandonando a

¹ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

visão da aplicação e interpretação pura do legalismo positivista exegético e onde pode se destacar três características decisivas: a) a supremacia constitucional; b) a força normativa da constituição; e, c) a jurisdição constitucional (BARROSO, 2006, p. 15-26).

Nesta visão é afastada a restrição do juiz em aplicar o direito somente através da lei e positivando a vontade do legislador, sendo que o Estado precisa começar a agir de maneira dinâmica concretizando direitos fundamentais (CAMBI, 2006, p. 669).

Um dos votos do ex-ministro Eros Grau do Supremo Tribunal Federal, serve como reflexão para a aplicação do direito no Estado Democrático de Direito:

[...] Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito - porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação - ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. *Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos - para o que nos bastaria a alfabetização --- mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento [...]* (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009a², grifos nossos).

Desta forma, o atual modelo constitucional mescla a necessidade de regras e princípios (ALEXY, 2008, p. 135) de modo a conseguir dar ao direito a capacidade de flexibilizar-se em uma sociedade que muda em grande velocidade. Sendo que os princípios assumem o centro do sistema jurídico para conseguir dar ao Estado a capacidade de alcançar seus objetivos e na aplicação do direito, olhar, tanto de modo formal como material.

Portanto, é praticamente impensável que os códigos, baseados somente em regras, deem conta de regular as mais diversas situações que necessitem de previsão legal na vida da sociedade globalizada, mas os princípios por serem abstratos e relativizados possuem uma capacidade de amoldagem (flexibilização) ideal para as necessidades sociais contemporâneas (OLIVEIRA, 2005, p. 659-664).

As mudanças trazidas pelo constitucionalismo pós Segunda Guerra incorporam-se no processo, que também ganha uma visão “Neoprocessualista” incorporando uma visão publicística que dá ao processo, objetivos como a pacificação social e a realização da justiça (não sendo mais um fim em si mesmo), os quais deverão ser percorridos com a visão instrumentalista separando formalismos

² Agr. Reg. na reclamação 3.034-2/PB

excessivos, buscando procedimentos adequados e oferecendo resultados efetivos para os jurisdicionados (CAMBI, 2006, p. 672-682)

[...] Portanto, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo não são tendências que devem ficar apenas no plano teórico, exigindo do operador jurídico novas práticas para que, assim, possa resistir, sempre com apego na Constituição, a toda forma de retrocessos, o que servirá – e isto, por si só, não é pouco – para a concretização da *consciência constitucional* e para a formação de uma silenciosa cultura democrática de proteção dos direitos e garantias fundamentais [...] (CAMBI, 2006, p. 683).

A este respeito o Novo Código de Processo Civil – NCCP – Lei 13.105/2015 – em seu primeiro capítulo já postula inúmeros princípios que devem servir de guias para toda a interpretação e aplicação das disposições do código, merecendo ênfase, neste contexto, o artigo 4º com a seguinte redação “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Porém, a incorporação de princípios no NCCP não pode ser visualizada como inovação, pois desde o advento da CF/88, os dispositivos devem ser interpretados constitucionalmente e de maneira a colocar novas necessidades ao processo e modificar o que se entende por tutela jurisdicional.

Assim, quando a Constituição trouxe no seu artigo 5.º, inciso XXXV, que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantiu a todo indivíduo o acesso ao Judiciário, bem como o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ou princípio da efetividade jurisdicional, também conhecido como *direito à prestação efetiva da tutela jurisdicional*. No momento atual, acessar à justiça e receber uma sentença, não garantem em todos os casos que o Estado cumpriu seus objetivos (BUENO, 2008, p. 148-149).

Tal constatação fica facilitada quando se pensa que a Constituição assumiu o papel central (principalmente com seus princípios) no ordenamento e trouxe diversos objetivos (em especial a pacificação social). De tal modo, não há como pensar somente em uma tutela que garanta acesso, mas naquela que possibilite uma proteção célere, adequada e efetiva (CAMBI, 2006, p. 674), oportunizando ao jurisdicionado “uma solução útil e eficaz para seus conflitos” (ZARIF, 2006, p. 143).

Oferecer uma tutela efetiva é mais que trazer os fins, também é necessário fornecer meios (CAMBI, 2011, p. 219), portanto, não basta o processo estar conforme a Constituição e seus objetivos. O processo deve, também, oferecer meios para a sua realização, tanto na condução, quanto para as decisões, sendo que para este movimento é necessário o afastamento do modelo puro lógico dedutivista do

positivismo e a aproximação dos princípios, de modo a fornecer ao processo uma flexibilidade e a persecução de escopos, para além das suas formalidades (OLIVEIRA, 2004, p. 2)

[...] Nada mais constrangedor e até mesmo causador de sofrimento do que a indecisão criada por situações litigiosas, enquanto a lide não é resolvida. Traumática como se sabe, é a demora no provimento jurisdicional final. Também já se sabe que nos dias modernos, não basta que o juiz resolva a ação declarativa, necessário se faz que torne efetiva a prestação jurisdicional, o que se acostumou chamar de efetividade da tutela jurisdicional. A efetividade da tutela jurisdicional é um dos apanágios da proteção dos direitos humanos. Ressalta-se que o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, assegura que a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça ao direito. A garantia é constitucional, mas o meio de efetivá-la é processual, através do direito de ação. Esse direito de ação somente pode ser exercido através do processo. Disso resulta a importância do processo civil, na defesa e proteção dos direitos humanos. Toda a defesa dos direitos humanos na órbita civil, há de passar pelo crivo do direito processual civil [...] (SOUZA, 2005, p. 22-23).

Esta visão traz outro princípio do qual pode se retirar a tutela jurisdicional efetiva. Pois, se o funcionamento da jurisdição deve ser colocado de maneira antecipada como garantia do devido processo legal (artigo 5.º, LIV, da CF/88), a resolução dos conflitos com resultados efetivos deve fazer parte da disciplina prévia estabelecida pelo devido processo (PORTO, 2006, p. 179).

Tal constatação inclui o acesso à justiça e o devido processo legal como instrumentos na busca da proteção jurisdicional. Portanto, tanto em um, como no outro, pode-se retirar o direito de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, que procura, mais especificamente, a manifestação prática desses atos. Sendo assim, não é praticado o devido processo ou acesso à justiça se não acontecerem, de forma real, os fins pretendidos na vida do sujeito de direitos (BUENO, 2008, p. 148).

Dessa forma, proteção jurisdicional deve atender “satisfatoriamente a todos os direitos e garantias do ordenamento jurídico” (RIBEIRO, 2006, p. 155) e as próprias normas devem ser reguladas pelos princípios constitucionais, garantindo os direitos fundamentais (MARINONI, 2008, p. 97).

Ainda cabe mencionar o artigo 5º, LXXVIII, da CF/88 que expressa a necessidade da razoável duração do processo, ou seja, que a celeridade processual deve ser incorporada por processo civil que tende a ser efetivo.

Um processo precisa se preocupar com a sua duração, conseguindo constituir uma técnica processual que ofereça formas para o oferecimento de uma tutela justa, célere e idônea (DINAMARCO, 2005, p. 160).

De outro lado, a celeridade não pode ser visualizada como valor absoluto. A lição de Taruffo (2008, p. 2-3) indica as eficácias que podem ser buscadas: i) a mais rápida e barata ou ii) estes dois aspectos aliados à qualidade. Portanto, a eficiência de uma prestação jurisdicional não dependerá somente da rapidez, mas também da qualidade.

O mito da “Rapidez acima de tudo”, segundo Barbosa Moreira (2004, p. 1-12) é prejudicial ao processo e, em uma reflexão mais apurada, aponta que existem alguns equívocos quando se fala da celeridade, como por exemplo, existe o pensamento que: a lentidão processual só acontece no Brasil; todos os envolvidos no processo querem uma rápida solução do litígio; a culpa da demora é exclusivamente da legislação; a justiça boa é a justiça rápida. Portanto, é necessário considerar que:

[...] O tempo razoável para o processo, concebido como amálgama de garantias, não é necessariamente o tempo mais curto, mas justamente o mais adequado para que cumpra suas funções. Acelerar o processo pode, em algumas hipóteses, retirar a razoabilidade de sua duração. Processo “instantâneo” ou “quase instantâneo” não é razoável e representa, inclusive, *contraditio in terminis*, ou seja, a própria noção de processo implica transcurso de certo tempo, lapso razoável para que possa ser solucionado. O propósito de instantaneidade ou de encurtamento abrupto do processo configura, muitas vezes, atentado contra sua racionalidade e nessa medida representa agressão ao princípio da razoável duração do processo. Repita-se: o tempo é insuprimível do processo [...] (MARINS, 2011, p.191).

O sistema processual é altamente complexo e não pode ser visualizado somente a partir de determinado ponto. A celeridade é fundamental, e deve ser considerada, juntamente com outros diversos aspectos, igualmente importantes, que fazem parte da efetividade.

A partir de todas as considerações feitas, um conceito de tutela jurisdicional efetiva deve contar ao menos com: a) a realização do direito buscado em juízo; b) a geração de resultados que tragam satisfação prática; c) o oferecimento da tutela em prazo razoável; d) o respeito aos princípios constitucionais; e) a busca pela pacificação social (BUENO; BARANOSKI, 2011, p. 268).

E para que um processo possa oferecer tal tutela jurisdicional, sendo classificado como efetivo, é necessário que tenha algumas características: a) possuir instrumentos para tutelar adequadamente a todos os direitos dispostos pelo ordenamento; b) tais instrumentos possam ser utilizados de modo prático por qualquer tipo de sujeito; c) ter condições de buscar e apreciar os fatos relevantes; d) oferecer resultados ao vencedor que ofereçam máxima utilidade daquilo que se buscava; e)

atingir o resultado em menos tempo e com menos gasto de energia (MOREIRA, 1995, p. 1).

Estas características são impensáveis em um âmbito de direito que restringe a atuação judicial à declaração da vontade do legislador, à conformidade da justiça com aspectos exclusivamente formais (positivismo exegético) e com a aplicação jurídica utilizando-se especificamente do silogismo. Afinal, o que se espera de um processo efetivo é que seja acessível e maleável, com procedimentos idôneos e resultados ótimos conformados aos valores da justiça.

Entretanto, estes aspectos que parecem afastar a efetividade processual da segurança jurídica, na realidade as aproximam. É o que se pretende demonstrar a seguir.

1.2 PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica sempre foi uma preocupação do Direito e continua sendo um dos principais expoentes dos sistemas jurídicos contemporâneos. A CF/88 também o elenca como princípio fundamental, porém com a derrota do positivismo legalista erguido no Estado Liberal de Direito e com o advento da Segunda Guerra Mundial, a segurança jurídica vem sendo elencada como bode expiatório para a realização de diversas mudanças no Direito, inclusive no processo.

Antes da delimitação da segurança jurídica aos moldes do Estado Democrático de Direito, cabe uma incursão ao Estado Liberal de Direito e às consequências de um positivismo legalista.

O Estado Liberal de Direito, erguido pelos ideais racionalistas do século XVIII, busca limitar o poder do Estado com os direitos do homem (civis e políticos), com a divisão dos poderes e apostando na elaboração da lei (códigos) para regulamentação e formação do Estado (MALUF, 1980, p. 206-207). Tais ideais incorporam-se nas revoluções Inglesa, Francesa e Americana, desembarcando na América Latina de modo a afastar a influência portuguesa e espanhola (OLIVEIRA, 2005, p. 666-667).

Neste mesmo contexto histórico, seguia em alta o racionalismo, com a profunda confiança que o homem poderia tratar todas as ciências de forma absolutamente objetiva não deixando espaços para análise material na aplicação do

direito, mas simplesmente, seguindo um modelo lógico dedutivo das premissas colocadas pelo legislativo.

Desta forma, para garantir uma segurança jurídica, aos moldes racionalistas da Revolução Francesa, o direito foi exclusivamente relacionado ao código de leis e o juiz foi reduzido à boca da lei, passando a julgar com base apenas por dedução do texto legal ao caso concreto, não havendo espaço para interpretações, já que estas poderiam ir contra a vontade do legislador (PERELMAN, 1998, p. 23).

[...] Uma vez estabelecidos os fatos, bastava formular o silogismo judiciário, cuja (premissa)³ maior devia ser fornecida pela regra de direito apropriada, a (premissa) menor pela constatação de que as condições previstas na regra haviam sido preenchidas, sendo a decisão pela conclusão do silogismo [...] (PERELMAN, 1998, p. 23).

Sendo assim, os códigos de leis e a tripartição dos poderes foram os instrumentos ideais para que o Judiciário fosse totalmente amarrado às normas pelo princípio da legalidade, o que garantia uma extrema segurança jurídica (OLIVEIRA, 2005, p. 667).

Havia a confiança nas características da abstração e generalidade das leis para evitar a interpretação judicial e o subjetivismo, o que veio a impedir o juiz de adequar a legislação ao caso concreto. A lei elaborada pelo processo formal do legislativo era legítima e justa, portanto, somente bastava que o juiz a aplicasse ao caso, sem qualquer interpretação quanto aos conteúdos materiais da norma (MARINONI, 2008, p. 404-405).

Assim, o positivismo até a Segunda Guerra Mundial exclui do Direito qualquer noção de valor da justiça, pois ele deveria ser formal, objetivo e impessoal, buscando ser semelhante às ciências que buscam extinguir a arbitrariedade através da eliminação do subjetivismo (PERELMAN, 1998, p. 23).

Porém, após a Segunda Guerra e os acontecimentos dos estados nazista e fascista que usaram a obediência à lei como justificativa para seus atos, o positivismo baseado na lei para trazer justiça, considerando a vontade do legislador (que era a vontade do povo), sofre uma grande derrota.

Assim, não é possível vincular o Direito à lei e é necessário considerar que existem princípios que dispõem sobre a justiça, os quais devem ser respeitados para além da vontade do legislador (PERELMAN, 1998, p. 95). Mesmo a lei estando

³ Tanto a primeira, quanto a segunda citação da palavra “premissa” não estão no texto original.

perfeita no seu aspecto formal, é necessária a sua conformidade com alguns ideais, principalmente, com aqueles decorrentes da *dignidade da pessoa humana* (CAMBI, 2006, p. 664).

Como durante todo este processo, a segurança jurídica estava ligada à legalidade formal, com a queda do “império das leis”, conseqüentemente, a importância da segurança jurídica também caiu. Não que esta não seja necessária para o Estado Democrático de Direito, mas justamente, porque estava intimamente ligada à estrita legalidade, acabou sendo estigmatizada.

Quanto aos métodos de aplicação do direito, também surgem reações contra o silogismo (lógico-dedutivo), onde novas formas buscam acrescentar a necessidade de incorporação de valores na tomada de decisão, o que também traz um forte impacto à segurança jurídica que era sempre formada e reforçada pela lógica formal da aplicação objetiva das premissas maiores (legislação) às premissas menores (casos concretos).

De qualquer forma, por mais que a segurança jurídica estava intimamente ligada ao positivismo legalista e ao silogismo, além de ser um dos principais fundamentos para legitimar as transgressões aos direitos humanos que culminaram na Segunda Guerra, ela não pode ser simplesmente afastada por ser essencial para o funcionamento do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito.

1.2.1 Segurança Jurídica no Estado Democrático de Direito

A seguir será demonstrada a importância da segurança jurídica para o modelo atual de Estado, com a sua necessária revisitação para uma forma dinâmica, que a coloca em nível diferente daquele anterior à Segunda Guerra e impõe afastamento da estigmatização, aproximando-a da efetividade no âmbito processual.

Primeiramente, deve-se afirmar que a segurança jurídica é um valor jurídico fundamental, visto que possibilita a previsão do comportamento daqueles que estão “encarregados de dizer o direito” (PERELMAN, 1998, p. 115).

Portanto, pode ser classificada como um dos valores da justiça e mesmo se comparada a outros valores de hierarquia maior (dignidade da pessoa humana, por exemplo), ela é, e continua sendo, peça fundamental, já que é um “valor jurídico funcional” (alicerce básico para a ordem justa), deste modo, se faz necessário certa

dose de segurança para que possa haver promoção da justiça (SICHES, 1973, p. 298).

[...] A segurança liga-se à própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida como princípio fundamental da Constituição da República (art. 1º, caput), de modo a garantir o cidadão contra o arbítrio estatal, tendo presente a salvaguarda de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade [...] (OLIVEIRA, 2006, p. 259).

Já para Canotilho (1993, p. 372), a segurança jurídica baseia-se em dois princípios: “*princípio da determinabilidade de leis*” expresso na exigência de leis claras e densas e o “*princípio da proteção da confiança*”, que serão responsáveis pela “calculabilidade” em relação às leis e seus efeitos. Logo, a segurança traz estabilidade e previsibilidade (CANOTILHO, 1993, p. 380).

Segundo Luís Roberto Barroso (2002, p. 50-51), cinco características podem ser elencadas, para formar um conceito de segurança jurídica:

- [...] 1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas [...].

Sendo assim, a segurança jurídica como parte integrante do centro fundamental da CF/88 não pode sofrer diminuições infundadas, sob pena do aumento do totalitarismo, agora do poder judiciário.

Como aponta Streck (2010, p. 170-171), afastou-se de um “positivismo primitivo” onde os limites eram a moldura da lei, para a aproximação de um positivismo de “panprincipiologismo”, no qual não existe sequer a moldura limitadora, o que é comum no modelo antigo e no modelo atual é a discricionariedade.

[...] Direito não é mais sinônimo de lei, e norma ou preceito não mais se distinguem dos princípios. Assim em nome de pretensos princípios, que muitas vezes não se sabe se existem realmente nem de onde foram extraídos, se cria todo um clima de permissividade para o operador do direito. Totalmente descompromissado com a lei ditada pelo poder legiferante instituído, o aplicador do direito procura a regra a aplicar no caso concreto onde bem lhe convier, ou onde bem entender, pois fora do preceito explícito da lei, sempre haverá algum raciocínio, algum argumento, alguma justificação para explicar qualquer tipo de decisão, até mesmo aquele aberrante com as tradições histórico-culturais de um povo as quais, aliás, pouco ou nada valem

para a mentalidade emergente do século XX, em segmento quantitativamente expressivo [...] (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 2).

Portanto, deve-se tomar cuidado no atual momento jurídico brasileiro, em não se deixar levar pela “onda dos princípios”⁴ em detrimento das regras (letra da lei), pois não se pode esquecer que as leis compatíveis com CF/88 são constitucionais e devem ser cumpridas.

[...] O fato de o direito, tal como o concebemos, não poder menosprezar a segurança jurídica e dever, por esta razão, evitar a subjetividade e a arbitrariedade, o fato de constituir um empreendimento público – pois o juiz recebe sua autoridade do Estado, que lhe confere competência e poder – impede identificar, pura e simplesmente, o que é justo segundo com o que parece justo a um indivíduo [...] (PERELMAN, 1998, p. 98).

Mesmo assim, diante da sociedade da pós-modernidade, onde “as coisas são novas por vinte e quatro horas”, a segurança jurídica e os princípios que a consagram “como respeito a direitos adquiridos, os direitos de igualdade e o devido processo legal – são tratados como estorvos reacionários” (BARROSO, 2002, p. 51).

Assim, a releitura do princípio da segurança jurídica e o afastamento de alguns estigmas se fazem necessários, pois na construção do Estado Democrático de Direito, mesmo na era da velocidade, também é preciso de estabilidade, calculabilidade, confiança e previsibilidade.

Theodoro Júnior (2006, p. 3) chama atenção para o fato de a segurança jurídica ser encontrada em outros ordenamentos, além do brasileiro (preâmbulo e no artigo 5º, “caput”, da CF/88), estando presente em “todo o constitucionalismo ocidental de raízes europeias”, e ainda coloca as seguintes questões sobre o enfraquecimento da segurança no âmbito jurídico:

[...] Como direitos fundamentais construídos a tantos anos e de importância elevada podem ser simplesmente colocados como ultrapassados? Será que estabilidade e previsibilidade não têm mais espaço na nossa sociedade, diante da velocidade das mudanças sociais? [...] (THEODORO JUNIOR, 2006, p. 3).

⁴ Sobre o uso responsável dos princípios, deve-se ter em mente algumas situações: i) os princípios são comandos indeterminados, portanto somente no caso concreto pode ser analisada a sua aplicabilidade; ii) os princípios não se excluem, portanto é necessário um juízo argumentativo para que seja determinado, conforme a ponderação com os outros princípios e, de acordo com o caso concreto, qual dos princípios deve prevalecer; iii) os princípios também não excluem as regras, sendo coexistentes, portanto para sobrepô-las, igualmente é necessário um juízo de argumentação (CAMBI, 2011, p. 92-93).

Não é possível abandonar a segurança jurídica, mas sim, redimensioná-la para um nível diferente e que possa se adaptar às circunstâncias exigidas para o sistema jurídico em sociedades hipercomplexas.

Logo, “essa mudança de paradigma, que introduz um direito muito mais flexível, menos rígido, determina também uma alteração no que concerne à segurança jurídica, que passa de um estado estático para um estado dinâmico” (OLIVEIRA, 2006, p. 262).

Este estado dinâmico deve considerar os valores da segurança trazidos por Perelman (1996, p. 659-66): “previsibilidade, a imparcialidade, a igualdade perante a lei, a ausência de arbitrariedade dos administradores públicos e dos juízes”, sem que sejam colocados sem limites, pois se assim fizessem, a segurança jurídica acabaria com os julgamentos, “substituindo os juízes por computadores”.

Assim, pode-se elencar um problema - a velocidade e necessidade de flexibilidade impostas pela sociedade atual e o desgaste da segurança jurídica (estabilidade, calculabilidade, confiança e previsibilidade).

A chave para o pensamento dinâmico pode vir a partir do afastamento da noção de segurança jurídica como previsibilidade de todas as possibilidades para resolução dos casos. Na verdade, o essencial é que haja uma jurisdição que busque meios para evitar que a injustiça ou a arbitrariedade triunfem (SICHES, 1973, 299).

Apesar de fundamentais, a certeza e a segurança jurídica devem ter limites, não podem ser vistas como valores absolutos, pois existem outros valores também desejados pela sociedade e pelo Direito. Além do mais, a sociedade está em constante mudança e uma segurança jurídica plena não é compatível com esta movimentação, pois o direito ficaria engessado e iria à contramão da sociedade. Desta forma, um dos maiores desafios é conseguir compatibilizar a segurança jurídica e a flexibilidade na aplicação do direito (SICHES, 1973, p. 15-18).

Para estas necessidades, é preciso um sistema de aplicação jurídico que tenha a capacidade de lidar com valores e ir além da lógica formal. Isto é, a norma deve ir além da tentativa de objetivação das relações humanas em um só sentido, tais relações (e suas consequências) devem ser consideradas como dinâmicas. Elas vão se transformando de acordo com os movimentos sociais e, assim, um significado normativo que poderia ter um sentido hoje e aqui, não terá o mesmo sentido amanhã ou em outro lugar. Em outras palavras, os sentidos são circunstanciais e dependem

dos fins que pretendem atingir em determinado lugar e momento (SINCHES, 1973, p. 135-140).

Caracterizada a necessidade de a segurança jurídica passar para o seu aspecto dinâmico, no próximo tópico será tratada essa dinamização no âmbito do processo, para depois, demonstrar a necessidade de compatibilização da segurança com a efetividade.

1.2.2 Trajeto da Segurança Jurídica no Processo Civil - Formalismo

Para entender a implicação da segurança jurídica e as formas de aplicação do direito no processo é interessante uma breve incursão histórica que fornecerá a justificativa do afastamento do processo em relação à segurança jurídica, quanto à adoção do formalismo, e à necessidade de uma aproximação do processo e formalismo em uma perspectiva diferente da anterior.

Dentro desse contexto, Dinamarco (2009, p. 17-25) aponta que o processo se divide em três fases: sincretismo, autonomia e instrumentalidade. Antes do reconhecimento da autonomia da ação (fase sincrética), o processo era mero desencadeamento de atos (procedimento) para tutela do direito material e, na ânsia de seu desenvolvimento autônomo, isolou-se o direito processual do direito material na fase da autonomia.

Neste período, a atuação judicial ficava presa à lei, devendo sempre, somente interferir nas relações de direito material dentro dos limites legais e das autorizações previstas no código. Além disto, o processo era fundamentado pelas suas formas, buscando uma sentença (que bastaria para resolver o conflito). Assim, os resultados práticos da decisão pouco importavam.

Nesta fase, o processo se isolou da realidade e, além da autonomia, ganhou neutralidade e rigidez, não permitindo a conciliação das técnicas processuais com as necessidades do direito material que precisava de proteção (MARINONI, 2008, p. 422). Isto porque, os processualistas somente se importavam com as instituições e formalidades do direito processual que deveriam ser elaboradas, desenvolvidas e cumpridas.

[...] Subverteu-se o meio em fim. Distorceram-se as consciências a tal ponto que se cria, fazer justiça, impondo-se a rigidez da forma, sem olhos para os valores humanos em lide. Lavavam-se as mãos sob o escudo frio e impassível da sacralidade do rito [...] (sic. LACERDA, 1983, p. 14).

Assim, como os processualistas buscavam a independência de um instituto autônomo - o processo fechou-se em suas formalidades e no desenvolvimento das técnicas lastreadas pela legalidade.

Faltou equilíbrio para os processualistas (que frequentemente falta em fases de transformação) em perceber que, apesar de serem coisas diferentes, o direito processual e o direito material são umbilicalmente ligados. Então, na fase dita instrumentalista por Dinamarco (2009, p. 17-25), perceberam-se os exageros e se passou a olhar o processo de outra forma, buscando uma reaproximação com o direito material.

[...] Essa “revisitação” requer nova análise interna do sistema processual, para adaptá-la às necessidades externas. Trata-se de tomar consciência de que os institutos processuais são concebidos à luz do direito material. Implica reconhecer que a distância entre direito e processo é muito menor do que se imaginava e que a reaproximação de ambos não compromete a autonomia da ciência processual. O reconhecimento da necessidade de os institutos processuais serem concebidos a partir do direito material resulta da inafastável coordenação entre tais ramos da ciência jurídica. Preserva-se a autonomia do processo com a aceitação de se tratar de realidades que se referem a patamares dogmáticos diferentes [...] (BEDAQUE, 2009, p. 16).

É certo que o pensamento legalista trouxe prejuízos e traumas para o Estado Constitucional, assim como o pensamento formalista trouxe para o processo civil constitucional, mas lei e o formalismo são tão importantes, quanto os princípios e a efetividade, pois no Estado Democrático de Direito estes institutos não podem ser abandonados, e sim, revitalizados.

Entretanto, a fase de transformação que tomou conta do processo civil, trouxe como: 1) “monstros” algumas palavras e seus sentidos, como por exemplo: forma, formalismo, positivismo, letra da lei; 2) “heróis” outras palavras como: adaptação, caso concreto, ativismo judicial, instrumento, efetividade, etc.

Necessária foi a mudança, pois o processo já não mais representava o momento da sociedade, a parte difícil é equilibrar a transição. Normalmente discursos acalorados tomam conta dos debates entre o fim e o início de épocas de transformação, o problema é que estes discursos continuam sendo utilizados em momentos posteriores onde o equilíbrio já foi alcançado. Logo, há o retorno do desequilíbrio e aquilo que era bom e necessário, começa a se tornar algo parecido com o que combateu.

A doutrina de Oliveira (2006) busca resgatar o equilíbrio, desmistificando que o formalismo é todo ruim. Ele a chama formalismo-valorativo, que busca resgatar a

parte do processo encoberta pelos exageros da reação contra os efeitos da fase autonomista, assim como evitar o formalismo excessivo.

O formalismo-valorativo preocupa-se com a organização processual, buscando limitações e garantias, não permitindo a desordem e proporcionando previsibilidade (OLIVEIRA, 2006, p. 253-254). Assim, prestigia a segurança jurídica e a própria efetividade.

Além disto, o formalismo busca equilíbrio na atuação das partes; beneficia o contraditório (definindo “poderes, faculdades e deveres”) e; evita as arbitrariedades e irresponsabilidades no ativismo judicial na definição dos procedimentos (OLIVEIRA, 2006, p. 254-255).

[...] Verifica-se que o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, nesse contexto, do seu poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colabora para um processo ágil e eficaz), a segurança decorre do seu poder disciplinador. Sucede, apenas, que ao longo do tempo o termo sofreu desgaste e passou a simbolizar apenas o formalismo excessivo, de caráter essencialmente negativo [...] (OLIVEIRA, 2006, p. 256).

Nas palavras de Oliveira percebe-se as duas etapas de discussão que se tenta representar neste capítulo: uma coisa é falar de segurança jurídica e formalismo aos moldes do Estado Liberal, faceta que já está superada; outra coisa é falar em formalismo como parceiro da efetividade e da própria segurança jurídica para o Estado Democrático de Direito, significando, em duas palavras, organização e disciplina.

Assim, podemos resgatar dois termos que são essenciais (e sempre foram), porém estão sendo banidos do vocabulário jurídico por serem acusados de ultrapassados: a) letra da lei: lei constitucional deve ser cumprida; b) formalismo: formalidades na medida certa são necessárias e devem ser valorizadas.

Para a reconstrução da segurança no processo civil, o estigma sobre a segurança jurídica deve ser afastado, conectando-a com dois lados:

1) Enquanto o processo civil constitucionalmente efetivo (processo que busca a efetiva tutela jurisdicional) se liga às ideias de: a) combater o excesso de formalismo; b) aproximar-se do direito material; e, c) utilizar-se cada vez mais dos princípios, pois defronta-se com a diferença de ritmos entre produção legislativa e situações da sociedade que merecem regulamentação (BUENO, 2012, p. 23).

2) A revisitação da segurança não pode significar “manutenção cega e indiscriminada do *status quo*” ou identificação do “Estado com a ordem, e a lei com a

justiça, subprodutos do positivismo” (OLIVEIRA, 2006, p. 260). A segurança jurídica, visualizada desta maneira, garante as formalidades necessárias, sem deixar de possibilitar a flexibilidade, compatibilizando-se com as peculiaridades do caso concreto.

[...] Em tal contexto, ganha lugar de destaque o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República), princípio que exige como corolários a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, caput), aí compreendida a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 94, inciso IX) [...] (OLIVEIRA, 2006, p. 259-260).

Estes princípios dão uma perspectiva da importância da segurança jurídica ao processo civil e alguns exemplos ajudam a visualizar este coeficiente de segurança. Um deles é o diferimento do direito de defesa, criou-se um formalismo excessivo sobre a defesa e o instituto da citação que, por muitas vezes, acaba prejudicando o próprio réu (SOUZA, 2014, p. 442). Em casos de direito evidente é possível o julgamento imediato, sem a citação do réu, seja a decisão a seu favor ou contra, a sua oportunidade de defesa fica diferida para eventual recurso, poupando-lhe de diversas situações prejudiciais como a sucumbência, custas, honorários, etc. (SOUZA, 2014, p. 435).

Outro ponto do formalismo são os excessos das regras de competência, pois muitas vezes a sentença de juízo incompetente será convalidada, após o trânsito em julgado e o decurso do prazo da ação rescisória, além do que os atos decisórios produzem efeitos até o momento em que foram rescindidos (se chegarem a ser rescindidos). Assim, as regras de competência podem ser entendidas como meras formalidades processuais (SOUZA, 2014a, p. 21-24).

Mesmo assim, são utilizadas para atravancar e extinguir inúmeros processos, sendo que o mérito poderia ser perfeitamente decidido, evitando-se um novo processo e mais tempo tomado do judiciário. Entretanto, as formalidades de competência, ainda são consideradas “supremas” e prejudicam toda a prestação judicial.

Portanto, a concepção dinâmica de segurança jurídica processual é diferente daquela concepção da fase autonomista, já que a segurança absoluta não é totalmente possível na era da velocidade, mas ela deve produzir um “coeficiente” de garantia de realidade (OLIVEIRA, 2008, p. 17).

Lembrando, mais uma vez, que legalidade não é sinônimo de positivismo, pois este “é bem mais complexo do que a antiga discussão “lei versus direito”... Ou seja, nem tudo que parece, é...!” (STRECK, 2010, p.172), logo, deixar tudo nas mãos da efetividade através do uso dos princípios, de maneira informal e de acordo com o caso concreto, esquecendo-se dos outros princípios constitucionais e das regras infraconstitucionais, é um retroceder.

Por isso, Oliveira (2006, p. 259) trata da efetividade e da segurança como sobreprincípios que definem a direção do processo. Ora visando mais efetividade, ora visando mais segurança, o que transparece o eterno conflito entre a quantidade ideal de cada um deles na técnica de desenvolvimento da tutela jurisdicional.

“De um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias “formais” e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional” (OLIVEIRA, 2006, p. 261). Assim sendo, pode-se classificar a efetividade e segurança jurídica como princípios opostos, mas complementares em um tênue equilíbrio.

1.3 CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO CIVIL JUSTO

O equilíbrio entre a efetividade e a segurança se aproxima de um termo que é utilizado pela doutrina estrangeira, principalmente, italiana: Processo Justo (*Giusto Processo*). Este termo exige a aplicação do acesso à justiça; do direito de defesa; do contraditório; da imparcialidade e independência da justiça; do dever de fundamentação das decisões e da duração razoável do processo como requisitos do processo possa promover a justiça (ANDOLINA, 2005, p. 2).

Enfim, o processo como um todo, para ser efetivo e seguro e, por consequência justo, precisa de uma construção que envolva vários valores, muitas vezes conciliáveis, no intuito de buscar a justiça e a pacificação social que, dentre outros aspectos, deve apresentar métodos de aplicação capazes de lidar com princípios e que não se desenvolvam exclusivamente a partir de uma lógica silogística.

No tópico abaixo, será explanado sobre a importância de compatibilizar os anseios da efetividade com a segurança em sua perspectiva dinâmica e caminhos que possam suprir essa necessidade de equilíbrio, buscando a construção de um

processo justo, sendo que os métodos de aplicação serão avaliados nos capítulos 2 e 3.

1.3.1 A necessidade de compatibilizar efetividade e segurança

Se o processo justo procura uma visão onde exista um balanceamento entre efetividade e segurança jurídica, ele necessitará conectar os pontos em comum de tais princípios, utilizando-se principalmente de devido processo legal (5º, LIV, CF-88), que na sua versão constitucional, não é mais possível ser visto como figura estática e formal, mas como expressão da efetividade da tutela jurisdicional ou direito fundamental ao processo justo (OLIVEIRA, 2008, p. 18).

Se o “direito ao processo justo compreende as principais garantias processuais, como as da ação, da ampla defesa, da igualdade e do contraditório efetivo, do juiz natural, da publicidade dos atos processuais (...), etc” (CAMBI, 2006, p. 674), então ele é congruente com o devido processo que, por sua vez, é fundamento para a efetividade e para a segurança.

Desta forma, um processo justo necessita da ligação e compatibilização entre segurança e efetividade, sob pena de não perseguir os dispositivos do devido processo legal.

Dando bases à conciliação, Comoglio (2003, p. 4-6) apresenta alguns pontos fundamentais para harmonização dos princípios que devem integrar o alicerce de um processo que busca a justiça e pacificação social. São elas: a) o respeito e implementação dos direitos de defesa; b) a observância das fases do processo; c) a preservação da justiça procedimental (eliminando as nulidades e buscando a decisão de mérito); d) a necessidade de relacionar a legalidade e os demais princípios do processo na tomada de decisões, buscando justificar aos jurisdicionados a necessidade daquela escolha, o que aumenta a sua aceitabilidade; e) a necessidade de otimizar o tempo do processo; f) a obrigação de dar decisões devidamente motivadas; g) a ficar atento às decisões que na aplicação da norma possam violar a garantia dos direitos de ação e de defesa ou que não tutelem, de forma efetiva, os direitos envolvidos; e, h) a necessidade de adequar a qualidade e a efetividade, principalmente nas tutelas cautelares e antecipatórias.

Portanto, como se pode perceber, o processo justo é formado por características tanto da efetividade quanto da segurança jurídica, ou seja, para que se consiga realizar pacificação social e justiça (valores trazidos também pela Constituição brasileira), é necessária a conciliação daqueles dois princípios fundamentais e, na aplicação do direito, nenhum dos dois deve ser considerado como absoluto⁵.

A estigmatização do princípio da segurança jurídica acabou escondendo seu verdadeiro sentido, cujas características são a estabilidade, a calculabilidade, a confiança e a previsibilidade. Assim como, o contraditório, a ampla defesa e outras garantias processuais são decorrentes tanto da segurança jurídica quanto da efetividade da tutela jurisdicional, o que garante uma simbiose entre estes dois princípios complementares.

Não se pode pensar em uma tutela efetiva que não seja prestada de forma segura, garantindo justiça e pacificação social, pois realizando o direito material de forma desordenada e desorganizada acaba por afetar a própria eficiência que se buscava.

Neste sentido, Barbosa Moreira (1995, p. 3) aponta três erros perigosos, que devem ser evitados, na busca pela efetividade do processo: i) colocar a efetividade como valor absoluto, como se nenhuma consequência negativa sobreviesse da implantação deste princípio a qualquer custo, ignorando a conciliação de situações conflitantes; ii) simplificar o valor da efetividade na celeridade processual, acelerando ao máximo o processo, na ilusão de que esta atitude garanta efetividade e não traga qualquer prejuízo; iii) desvalorizar o passado, esquecendo das técnicas desenvolvidas pelos ritos e formalidades, tão importantes para a própria efetividade.

Desta forma, é necessário perceber que a construção de um processo alinhado com os fins constitucionais não é somente pensar em efetividade, pura e simplesmente, mas conciliar todos os princípios envolvidos, principalmente, as garantias trazidas pela segurança jurídica.

⁵ Também é possível perceber que o processo justo contém aspectos jurídicos, políticos e econômicos, portanto, como a pacificação social passa a ser objeto do processo, uma aplicação jurídica processual também deve se preocupar com os resultados em aspectos como custo-benefício, legitimidade, interferência em outros poderes, etc. Para esta pesquisa, apesar do foco ser a aplicação do direito, sempre que possível serão envolvidos, também, estes aspectos políticos e econômicos, já que muitas vezes eles aparecem de forma decisiva na tomada de decisões.

Importante deixar bem claro, que não se é contra a efetividade, os princípios, a flexibilização ou a face instrumental do processo, ao contrário, estes “institutos” também são defendidos nesta oportunidade, porém percebe-se que na busca incessante pela efetivação dos direitos, começa-se a ultrapassar os limites saudáveis da transformação, chegando ao exagero e colocando em risco a construção de um processo justo.

Sempre lembrando que se deve dar:

[...] a cada peça do sistema o lugar devido, na tranquila convicção de que, no mundo do processo, há pouco espaço para absolutos, e muito para o equilíbrio recíproco de valores que não deixam de o ser apenas porque relativos [...] (MOREIRA, 1995, p. 8).

Por estes motivos, ressalta-se a necessidade de construir métodos para a aplicação de um processo justo que estabeleça o equilíbrio para a efetividade e segurança. Antes da apresentação de tais métodos é relevante visualizar algumas das situações que eles terão pela frente, de modo a facilitar a avaliação de sua pertinência ou competência para resolver os desafios propostos. De tal modo, a seguir, serão apresentados os pontos sensíveis do processo que necessitarão de métodos de aplicação que possibilitem trabalhar com aspectos formais e materiais da norma, especialmente quanto às modificações trazidas pela Lei 13.105/2015 (NCPC).

1.3.2 Pontos sensíveis do processo

Para facilitar a visualização de pontos que necessitaram ser trabalhados com efetividade e segurança, a apresentação dos assuntos do processo que dependerão de equilíbrio na sua aplicação será trazida seguindo, na medida do possível, a ordem conforme o andamento processual (Acesso, Participação, Procedimento e Resultados).

Esta etapa da pesquisa dará prioridade aos dispositivos do Novo Código de Processo Civil, já que ao entrar em vigor no ano de 2016 dependerá de que suas normas sejam interpretadas e aplicadas de forma segura e efetiva.

i) Quanto ao acesso à justiça, segundo Dinamarco, (2009, p. 325), existem dificuldades constituídas pelo elevado valor cobrado para a abertura da ação, pela falta de conhecimento jurídico e pela descrença no judiciário. Além disto, outro aspecto essencial é a necessidade de abertura de acesso para as causas coletivas em sentido

amplo (defendendo direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos) (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50-51).

Estes problemas vislumbram uma maior necessidade de efetividade do direito ao acesso à justiça e devem ser contrabalanceados com outros desafios oriundos da segurança jurídica. É necessário ter atenção à determinadas situações como, por exemplo, o uso indiscriminado da justiça gratuita, a abertura do judiciário para causas que poderiam ser resolvidas com meios alternativos de resolução de conflitos, o aumento exponencial das causas abarrotando o judiciário e a desvalorização dos profissionais do direito.

Para que a aplicação do direito ultrapasse tais complicadores e harmonizem o sistema como um todo, são necessárias algumas intervenções como a quebra de alguns dogmas (legitimidade ativa e alcance da coisa julgada) para o melhor aproveitamento das ações coletivas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50-51) e a melhor utilização de algumas ferramentas como: a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança Coletivo, entre outros.

Quanto à gratuidade da justiça, que oportuniza o acesso à justiça para as famílias que não podem tirar do seu próprio sustento para arcar com as despesas processuais, também é um dos institutos de suma importância, porém mal compreendido em diversas situações, já que como se trata da “busca da justiça, esse benefício deve ser concedido mesmo naqueles casos de dúvida de sua necessidade” (SOUZA, 2005, p. 20).

Ainda é importante mencionar a atuação dos juizados especiais, no Ministério Público e das Defensorias Públicas que fornecem alternativas para o acesso à justiça daquelas pessoas mais carentes ou que não possuem o conhecimento jurídico. Tanto que o NCPC trouxe algumas inovações neste sentido, merecendo destaque os artigos 98 a 102 que tratam da gratuidade da justiça, a saber: o artigo 3º, § 3º que estimula os métodos alternativos de resolução dos conflitos; o artigo 139, X que confere ao juiz o dever de oficiar os legitimados para propositura de ações coletivas em casos que vêm se repetindo, entre outros.

Tais dispositivos deverão ser interpretados e aplicados caso a caso, pois existem situações que somente poderão ser evidenciadas na situação concreta. De qualquer forma, existe a possibilidade de abertura do acesso à justiça, tanto para a parte autora, quanto para a parte ré e a possibilidade de combater o seu abuso, conseguindo compatibilizar efetividade e segurança.

ii) Já em relação à participação, as dificuldades são encontradas, principalmente, no entendimento do alcance do contraditório e ampla defesa, além do nível de atuação ativa e passiva do juiz (DINAMARCO, 2009, p. 337).

[...] A comunidade científica, os operadores do direito e os tribunais têm se inclinado, com seus prós e contras, é claro, para a mudança de paradigma no processo civil marcada, principalmente, pelas seguintes notas: a) o papel de um juiz com poderes suficientes para não se tornar fantoche, e ficar preso, inevitavelmente, ao fazer ou não fazer dos litigantes; b) a ideia de um processo civil concebido como um empreendimento comum cujo resultado dependa de que ambas as partes colaborem, em certa medida, para alcançar o objetivo perseguido, que não é outro, senão, o de “garantir a justiça” como manda o Preâmbulo; c) o reconhecimento do poder heurístico dos magistrados que, se for o caso e sempre dentro dos limites legais da causa, podem e devem – muitas vezes impulsionados por pedidos dos advogados que frequentemente são desenvolvedores de novidades jurídicas – desenhar soluções jurídicas razoáveis⁶ [...] (PEYRANO, 2010, p. 160-161).

Enquanto o juiz precisa sair da inércia e assumir a postura de direção do processo, as partes precisam participar efetivamente em parceria com o magistrado. Desta forma, é preciso haver um equilíbrio entre a colaboração ativa e leal das partes e atuação judicial não autoritária, havendo uma divisão no desenvolvimento da decisão (OLIVEIRA, 2011, p. 897).

Para esta necessidade de balanço entre a colaboração e participação das partes e do ativismo judicial, os artigos 6º e 7º do NCPC trazem nortes valiosos como o dever de cooperação de todos os sujeitos do processo e a garantia que as partes devem ser tratadas com paridade na distribuição de direitos, deveres e ônus processuais.

Para este movimento, entram questões como a inversão do ônus da prova, garantia (ou relativização) do contraditório e ampla defesa, abertura (ou restrição) de produção de provas, etc. Todas estas circunstâncias envolvem o nível apropriado de formalidade e efetividade para que o processo consiga sustentar seus objetivos (principalmente a pacificação social).

⁶ La comunidad científica, los operadores jurídicos y los estrados judiciales se han inclinado –con sus más y sus menos, claro está- por un cambio de paradigma en materia procesal civil signado, fundamentalmente, por las siguientes notas: a) el protagonismo de un juez dotado de atribuciones suficientes para no quedar incurso en una situación de fantoche, y de ser cautivo, ineludiblemente, del hacer o no hacer de los litigantes : b) la idea de un proceso civil concebido como una empresa común cuyo éxito depende de que ambas partes colaboren, en cierta medida, al logro perseguido , que no es otro que el de “afianzar la Justicia” como manda el Preámbulo; c) el reconocimiento del poder heurístico de los magistrados que, llegado el caso y siempre dentro del marco del ordenamiento jurídico de que se trate, pueden y deben –muchas veces a impulsos de postulaciones de los letrados que suelen ser la punta de lanza en las novedades jurídicas- diseñar soluciones pretorianas razonables (tradução livre).

Dando destaque ao Novo Código de Processo, existem a este respeito normas que ao serem aplicadas mereceram uma atenção especial para tal equilíbrio, como o artigo 373, § 1º que autoriza a alteração no ônus da prova, diante das peculiaridades do caso concreto; o art. 370, parágrafo único, que exige a fundamentação do juiz para indeferimento de diligências; o artigo 139, VI que possibilita a dilação de prazos e alteração da ordem da produção de provas, e, também, os artigos 9º e 10 que garantem o contraditório (inclusive em decisões de ofício) e preveem as possibilidades de relativização.

Tais questões fogem do antigo padrão processual de restrição da atividade do juiz e garantias absolutas às partes, passando a pensar em um processo que seja capaz de produzir resultados efetivos, seguros e que tragam justiça e paz social. Assim, o processo abre mão do rigor de suas formas para conseguir se adaptar a situações diversas dando possibilidades flexíveis de aplicação da norma.

iii) Em relação ao procedimento, as dificuldades encontram-se, principalmente, na necessidade da adequação de um procedimento idôneo a resolver o caso concreto, pensando em conectar a eficácia da ferramenta e o seu objetivo (TARUFFO, 2008, p.1), ou seja, ligar direito material a ser resolvido com o procedimento que será utilizado para solução.

Assim, os procedimentos disponíveis deveriam ser adaptáveis e adequados de modo a dar conta das mais diversas causas que podem adentrar no judiciário (DIDIER JR., 2001, p. 6-10), porém, um grande número de procedimentos diversos aumentaria a complexidade do sistema como um todo e dificultaria a própria efetividade, assim, uma das saídas é a adoção de procedimentos simples que possam ser adaptados (NUNES, 2010, p. 139).

[...] Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, em possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige que sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo [...] (BEDAQUE, 2009, p. 69).

Entretanto, como trabalhar com o “grau de plasticidade”? (se muito, gera insegurança, se pouco, não consegue ser adaptativo e não conseguirá resultados idôneos). Neste contexto e para estas exigências, o artigo 190 do NCPC autoriza as partes a modificar o procedimento, cabendo ao juiz fazer o controle da validade de

tais estipulações e, também, o artigo 191 que possibilita ao juiz e às partes estabelecerem um calendário para a prática dos atos.

Além disto, o novo código extingue o procedimento sumário e simplifica o procedimento ordinário, além de estabelecer procedimentos que se adaptem à necessidade de cognições diferenciadas, como o das tutelas provisórias de urgência antecipada e cautelar (artigos 303 a 310), e os procedimentos especiais no título III.

Cabe mencionar que foi mantida a fase de saneamento do processo agora no artigo 357, com o dever de o juiz delimitar a causa antes de entrar na questão probatória e decisória. Tal disposição busca que o processo fique organizado quanto aos fatos e direitos que são relevantes para o caso, bem como a definição da distribuição do ônus da prova. Esta previsibilidade dada às partes é de suma importância para um diálogo de argumentos que falem sobre os mesmos pontos e não sobre tudo e qualquer coisa, não oferecendo potencial para crescimento argumentativo dos pontos em conflito.

Porém, tal fase é ignorada pelos juízes nos moldes atuais (CPC 1973) e poderia ser mais bem utilizada, pois a fixação dos pontos controvertidos é importante e “muito provavelmente este fator, se bem entendido pelos juízes, provocaria uma racionalização dos serviços que aliviaria a carga de trabalho de todos os que dependem do sistema judiciário” (BONICIO, 2006, p. 149).

De qualquer forma a passagem pelo procedimento oportunizará às partes participarem e cooperarem para a construção de uma decisão final que irá envolver, tanto os direitos processuais, quanto o direito material controvertido e o aproveitamento desta fase é suporte fundamental para a fase decisória. Mais uma vez, o procedimento deverá compatibilizar valores da efetividade e da segurança jurídica para que a sua aplicação propicie, da melhor forma possível, o levantamento de conteúdo para a sentença.

iv) Finalmente, em relação aos resultados a atenção se volta para as decisões, sentenças e os seus efeitos práticos. São dois pontos sensíveis principais quando se pensa em segurança e efetividade neste contexto.

Primeiro em relação à verificação do nível de certeza necessária para proferir a decisão, depois quanto à possibilidade de utilização dos tipos de tutelas apropriadas para o conflito, com resultados práticos satisfatórios, isto é, que disponibilizem ao indivíduo aquilo que ele busca.

Quanto aos tipos de tutelas, um processo justo atenta para as novas formas de tutela executiva, para as tutelas mandamentais, inibitórias, de remoção do ilícito e de urgência, sendo que, estes tipos de tutelas não são exaustivos, podendo ser utilizados de outros provimentos, conforme as necessidades que o litígio exigir, sendo essencial a ampliação das tutelas para que a jurisdição consiga com maior agilidade, oferecer a proteção ao direito do indivíduo de forma mais justa, segura e efetiva possível.

A título de exemplificação, pode-se citar Souza (2005, p. 21-22), ressaltando que a tutela antecipada possibilita “viver com dignidade enquanto o processo tramita lentamente” e que a tutela inibitória evita males irreparáveis, evitando “que a pessoa seja prejudicada em sua dignidade humana”.

Já em relação à certeza, no processo civil contemporâneo é fundamental utilizar-se dos “juízos de probabilidade suficiente”, avaliando os riscos e se propondo a enfrentá-los (DINAMARCO, 2009, p. 287-288).

As lições sobre a tutela de evidência de Fux (1996, p. 305 e ss.) são preciosas, impondo uma visão de ser uma questão de justiça o oferecimento da tutela de evidência ao jurisdicionado que possui provas “incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria” (FUX, 1996, p. 311). Existe uma grande afronta aos ideais de justiça, quando se deixa um indivíduo esperar o longo trâmite processual para ter a tutela jurisdicional, quando o julgador já podia visualizá-la em momento anterior.

A partir destes entendimentos é possível verificar uma inversão do ônus do tempo, onde o autor com direitos evidentes não precisará aguardar o final do processo para que seu direito seja tutelado, a cognição é sumária e não baseada na verossimilhança, mas em provas robustas que permitem a tutela antes mesmo da citação (MILANI, 2014, p. 89)

[...] Nesse sentido, não se mostra razoável, em absoluto, que o autor sofra as demoras do processo, sendo ele titular de um direito evidente. Por conseguinte, a análise sobre a questão deve ocorrer in initio litis, coadunando-se com a Constituição Federal.

Destarte, o direito evidente reclama a satisfatividade plena e imediata, na primeira análise feita da petição inicial e documentos.

Como se vê, essa medida promove a inversão do ônus do tempo, isto é, quem arca com as consequências da demora é o réu e não o autor do direito evidente, o que se coaduna perfeitamente com as garantias constitucionais mencionadas.

Essa nova visão do processo almeja preservar o princípio da isonomia entre a parte ativa e passiva [...] (MILANI, 2014, p. 90).

Importante frisar que a tutela de evidência não é antecipação de tutela ou cautelar, pois ela não necessita de perigo de dano, buscando diretamente o resultado final do processo por possuir condições para que a decisão seja dada de forma sumária (MILANI, 2014, p. 92-93).

O NCPC adota esta visão deixando para a tutela de urgência as categorias de tutela antecipada e cautelar (impondo a necessidade de risco de dano ou ao resultado útil do processo) e criando a categoria de tutela de evidência independente do dano, no artigo 311.

Estas categorias são demonstrações de que é necessário buscar um limiar bem definido entre as cognições plenas e sumárias, a partir dos direitos demonstrados, dividindo isonomicamente entre autor e réu o ônus do tempo do processo. O autor não pode em todo o tempo ter de aguardar todo o andamento processual para ter seu direito satisfeito ou a sua resposta negativa. Ante a maior probabilidade do direito, as tutelas devem ser oferecidas, sempre cabendo a reversibilidade ou a conversão em perdas e danos, pois o risco do Estado errar sempre irá existir, então por que não dividi-lo entre o autor e réu?

Neste ponto importa anotar que “a burocracia é fruto do medo, da pobreza intelectual e do comodismo (...), a busca incessante da verdade não é de hoje que serve de pretexto para as práticas burocráticas” (DINAMARCO, 2009, p. 298).

O judiciário tem diversos problemas práticos (por exemplo, excesso de processos) cabendo a ele encontrar formas para superar as adversidades com certo nível de ousadia controlada pelas regras e princípios (principalmente constitucionais), pela participação das partes, pelo formalismo-valorativo, etc.

Porém, tal ousadia não pode ser entendida como medida desregrada que visa buscar a qualquer custo os resultados esperados, portanto existe a preocupação para que o processo possa fornecer decisões fundamentadas e que possam ser controláveis.

Tal atenção aparece explicitamente em vários momentos no NCPC, fazendo jus o relevo aos artigos 11, 298, 489, 926 e 927. Porém, todos estes artigos, apesar de afirmarem a necessidade de decisões argumentadas, fundamentadas e coerentes, irão necessitar de um método de aplicação que auxilie tanto o julgador como aqueles que fazem o controle destas decisões.

Estes meios de equilíbrio e controle favorecem a construção de um processo justo, enquanto as possibilidades: de tutela de urgência e evidência, as decisões com

base em jurisprudência, súmulas, casos paradigmas e ponderação de normas, puderam ser criadas e ampliadas em prestígio, principalmente da efetividade. Enquanto, a necessidade que elas se deem de forma analiticamente motivada e não de forma discricionária pelo julgador, prestigia a segurança jurídica em sua perspectiva dinâmica.

Diante dos pontos sensíveis apresentados acima e as novas normas do NCPC é possível constatar que existe a tentativa de trazer equilíbrio durante a apreciação do caso concreto, ou seja, utiliza-se de termos e proposições abertos que dão margem para que o juiz e as partes possam utilizar diversos instrumentos processuais para atender às peculiaridades da causa.

Para adoção destas normas abertas⁷ é importante ressaltar a lição de Canotilho (1993, p. 372) sobre o Princípio da Determinabilidade das Leis, que garante a “exigência de clareza das normas legais” e a “exigência de densidade suficiente”. Assim, as regras devem ter o mínimo de concretude e requisitos objetivos para que possa manter a legalidade e proteger os jurisdicionados da imprecisão (discricionariedade e autoritarismo).

Já para a fase de aplicação destas novas normas reforça-se a necessidade de fundamentação analítica das decisões judiciais, de forma a possibilitar o entendimento do público, o controle sobre a discricionariedade e a compatibilização da decisão com os ditames constitucionais. Pois, a motivação judicial:

[...] a) é uma garantia contra o arbítrio; b) serve como garantia contra a influência de pontos de visão pessoais (subjetivismo); c) possibilita às partes conhecerem os fundamentos da decisão e, com isto, é um meio de impugnação e um modo de controle do raciocínio do magistrado; d) contribui para o maior grau de previsibilidade e segurança das normas jurídicas [...] (CAMBI, 2011, p. 326).

Por conseguinte, a definição do equilíbrio entre a segurança jurídica e efetividade se dará na aplicação do direito, utilizando-se da interpretação através dos princípios e das normas abertas para adaptar a norma ao caso concreto, porém, isto não significa que as decisões possam ser discricionárias ou arbitrárias, já que elas podem ser controladas pela exposição de argumentos que depois poderão ser verificados quanto a sua correção ou justiça.

⁷ Entendidas de maneira ampla como aquelas que terão seu alcance disposto, no caso concreto, na interpretação e aplicação da norma.

Neste ponto, podem-se levantar pelo menos duas fases: a) a exposição de argumentos e a decisão com base nestes; b) análise da decisão e classificação como: justa ou injusta, correta ou incorreta.

Sendo que, o objetivo desta pesquisa é avaliar métodos que possam equilibrar princípios (efetividade e segurança) que têm seus preceitos esparsos em diversas fases do processo e que, normalmente, são apresentados em forma de normas abertas, portanto elas serão delimitadas no momento da interpretação e aplicação.

Desta forma, os capítulos abaixo se restringiram à primeira das duas fases acima delineadas, ou seja, serão avaliados métodos para exposição de argumentos que, após justificados, gerarão uma decisão. O que se deseja verificar é se tais métodos podem construir critérios de 'como' e 'o quê' se argumentar, em momentos de aplicação de uma norma aberta ou de compatibilização de valores (princípios) diferentes, de modo a gerar melhores avaliações em uma segunda etapa.

De tal modo, o foco será em aspectos da aplicação do direito, buscando métodos capazes de demonstrar como se dá a argumentação (integrando análises formais e materiais): i) no controle de atos do poder público⁸; ii) na ponderação de princípios; e, iii) na aplicação de normas abertas.

Enfim, são diversas as áreas de atuação do processo que necessitam de ferramentas para o equilíbrio entre a efetividade e a segurança. Muitas delas serão testadas com o Novo Código de Processo Civil que trouxe no seu próprio texto, princípios que deverão ser utilizados para este fim, sendo que no art. 8º aparecem explicitamente a proporcionalidade e a razoabilidade como diretrizes para a aplicação do ordenamento.

Aplicação esta, que em muitos pontos dependerá do caso concreto, da atuação das partes e decisões do juiz, ou seja, para que o NCPC não ficasse engessado para a realidade social em constante mudança, foram autorizadas diversas formas de atuações flexíveis e em outros casos será necessário flexibilizar.

Buscando ferramentas para que se possam realizar tais preceitos, irão ser avaliadas a razoabilidade e a proporcionalidade⁹ que são “poderosas balizas para os

⁸ Para esta pesquisa o termo “Atos do Poder Público” compreenderá atos do executivo, legislativo e judiciário, dando ênfase aos dois últimos, pela delimitação temática processual.

⁹ Será discutida neste trabalho uma visão mais profunda e centrada da razoabilidade e proporcionalidade, princípio da proibição de excesso apresentado por Canotilho (2000, p. 267), pois as ideias de restrição dos atos do poder público são antigas e tratadas em diversos países como: Inglaterra (*reasonableness*), França (*détournement du pouvoir*), Itália (*eccesso di potere*) e Prússia

rumos que o direito processual deve seguir, funcionando, a um só tempo, como chave para abertura de portas e como barreira contra injustiças” (BONICIO, 2006, p. 166).

(*Verhältnismässigkeit*). O objetivo não é visualizar a possibilidade de restringir os atos do poder público, mas sim, verificar a aplicação concreta da razoabilidade e proporcionalidade já como princípios normativos e não como ideias de proibição de excesso.

2. RAZOABILIDADE

A razoabilidade é um termo por natureza amplo e possibilita inúmeras formas de interpretação. Porém, quando se está buscando métodos para aplicação do direito que evitem desequilíbrio de princípios e o uso adequado de termos flexíveis, a razoabilidade não pode ser entendida em seu termo amplo e abstrato.

Nesta linha, Barroso (1998, p. 3) dispõe que “é necessário seguir em busca de terreno mais sólido e de elementos mais objetivos na caracterização da razoabilidade dos atos do Poder Público, especialmente, para lhe conferir um cunho normativo”.

Desta forma, neste capítulo, será desenvolvida em duas perspectivas a aplicação da razoabilidade, possibilitando a elaboração de critérios mais claros e aumentando a forma de controle sobre o equilíbrio que possa fugir da concepção de processo civil justo.

A primeira perspectiva vem da necessidade de buscar um parâmetro que flexibilizasse o sistema jurídico de modo a conceber avaliações materiais, e a segunda é produzida a partir do devido processo legal substantivo, principalmente desenvolvido pelos Estados Unidos da América.

A escolha destas duas vertentes resultou na seleção de contextos de utilização da razoabilidade que possibilitassem a construção de uma metodologia mais concreta de aplicação, sendo que ao mesmo tempo, elas representam os principais desenvolvimentos do termo razoabilidade enquanto método de aplicação jurídica, o que justifica ainda mais a escolha por elas.

A análise das duas perspectivas é focada quanto ao objetivo, metódica de aplicação e casos julgados paradigmas quando aplicáveis em tribunais constitucionais. Também é imperativo destacar, que o método de aplicação não será defendido neste trabalho como forma de controle do conteúdo das legislações ou das decisões judiciais, mas sim, como catalizadores do desenvolvimento de uma fundamentação analítica por parte de quem legisla ou decide, e assim, comprovar que houve a utilização da razoabilidade naquele caso e como foi realizada, a partir de critérios bem definidos.

2.1 A RAZOABILIDADE COMO PARÂMETRO PARA FLEXIBILIZAÇÃO

A primeira perspectiva de razoabilidade a ser estudada pode ser retirada de teorias a respeito da lógica jurídica, racionalidade e argumentação. Elas buscam superar a lógica formal aplicada ao positivismo clássico (silogismo jurídico) como suficiente para as decisões judiciais ou visam à criação de uma teoria da argumentação jurídica que consiga trabalhar com argumentos lógicos formais e materiais através da justificação que busque a razoabilidade.

A razoabilidade, portanto, será utilizada como objeto para flexibilizar o sistema jurídico que busca atender a critérios materiais, sem perder de vista a segurança jurídica ou formalismo oferecido pela organização de normas escritas, pelos precedentes, etc.

Não se buscará aqui explicar amiúde todas as teorias ou ideias dos autores apresentados, mas sim, a sua relação com a razoabilidade quanto aos métodos ou procedimentos que visam alcançá-la de maneira racional, ou seja, regras ou procedimentos que permitam uma flexibilização do sistema jurídico para além do silogismo, utilizando a razoabilidade sem deixar espaços para a arbitrariedade ou irracionalidade.

Antes de iniciar o estudo sobre a lógica e a razoabilidade é necessária a explicação de alguns conceitos básicos para evitar possíveis confusões.

Segundo Perelman (1998, p. 1-5), os conceitos de Aristóteles sobre raciocínio se dividem em dois:

i) O raciocínio analítico tem um padrão no silogismo e é estudado pela lógica formal, tendo como fundamento a dedução de premissas verdadeiras maiores que, se lógica e corretamente forem relacionadas a premissas menores, geram conclusões igualmente verdadeiras.

ii) O raciocínio dialético tem um padrão no silogismo dialético, tendo como objeto a argumentação no discurso e busca a adesão do auditório a sua tese. Quando se trabalha com o raciocínio dialético não existem premissas verdadeiras, mas premissas verossímeis ou plausíveis. Neste último tipo de raciocínio é que se encontra a lógica jurídica, que não é uma lógica formal, mas uma lógica material.

[...] O papel da lógica formal consiste em tornar a conclusão solitária com as premissas, mas o papel da lógica jurídica é demonstrar a aceitabilidade das premissas. Esta resulta da confrontação dos meios de prova, dos argumentos

e dos valores que se defrontam na lide; o juiz deve efetuar a arbitragem deles para tomar a decisão e motivar o julgamento [...] (PERELMAN, 1998, p. 242).

No entanto, será demonstrado abaixo, que a utilização do raciocínio dialético passa a ser utilizado com o raciocínio analítico, buscando utilizar as vantagens da racionalidade da lógica formal com a capacidade avaliativa da argumentação (lógica dialética). Portanto, existem basicamente três momentos: o primeiro busca a entrada da lógica formal no meio jurídico; o segundo busca afastá-la e o terceiro busca unir lógica formal e lógica dialética.

2.1.1 A necessidade de ir além da lógica formal

As ondas filosóficas racionalistas se espalham por todos os ramos das ciências e acabam por envolver o Direito, buscando transformá-lo em uma ciência essencialmente formal, a partir do raciocínio lógico formal (silogismo dedutivo). Houve a tentativa de criar um mito da objetivação total das premissas jurídicas que poderiam ser aplicadas a casos concretos, sem a necessidade do subjetivismo, acabando com a arbitrariedade.

A visão racionalista imposta a partir do século XVII por Descartes eleva a lógica formal como formadora da verdade a partir de provas apodíticas, colocando a argumentação e a lógica dialética (com sua produção de conclusões verossímeis, aplausíveis e razoáveis) como falsidades que precisam ser retiradas da ciência (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 1-2).

Além disso, no auge da lógica formal, a razão e o universo poderiam ser testados perante suas ordens dedutivas e existia a crença na univocidade, mas, com o crescimento do interesse pelas interpretações possíveis através da linguagem no século XX, abrem-se espaços para discussões argumentativas diante do dissenso, sendo que, para este tipo de raciocínio, a lógica formal não consegue fornecer meios para a sua solução (PERELMAN, 1997, p. 106-107).

Aliás, são excepcionais as vezes que as linguagens formalizadas (matemáticas, por exemplo) conseguem ser aplicadas, por necessitarem de contextos que possibilitem a aplicação de forma universal (PERELMAN, 1997, p. 214).

Tais contextos não existem quando se trata de ciências humanas, portanto a lógica formal não dá conta de todas as complexidades da realidade, já que não admite contradições em suas premissas. Um exemplo trazido por Perelman (1997, p. 102-

103) ilustra bem estas situações: Jeová proclama: “não matarás”, mas permite a morte daqueles que transgredirem certos mandamentos e, também, a morte em rituais de sacrifício, o que demonstra uma profunda contradição, caso as premissas forem visualizadas somente a partir da lógica formal.

Jeová não teve a intenção de ser contraditório, uma vez que a premissa de “não matarás”, nos contextos daqueles que transgredirem os mandamentos ou nos rituais não podem ser analisados pela mera lógica formal, mas através de uma lógica argumentativa, que conseguirá diferenciar os valores diversos dos contextos específicos.

Siches (1973, p. 164 e ss.) apresenta outro exemplo, dado por Radbruch, tentando ilustrar a incapacidade da lógica formal na interpretação de atos da vida humana: Uma estação de trem possui a seguinte disposição: “é proibido subir na plataforma com cachorros”, então um dia aparece na plataforma um homem com um urso. Pela lógica formal, ursos não são cachorros, portanto, não estão proibidos.

Caso seja utilizado somente este tipo de raciocínio, não será possível avaliar, por exemplo, qual era o fim que aquela proibição tentava atingir e os ursos não poderão ser impedidos de subir na plataforma. Logo, usar somente o raciocínio analítico lógico dedutivo não serve como parâmetro para situações da vida humana.

Desta forma, o direito e a sua aplicação possuem características que fogem da univocidade exigida pela lógica formal, já que trabalham com casos dinâmicos da sociedade. Tais situações, assim como aconteceu com os exemplos demonstrados acima, não poderão sempre ser resolvidas com apenas a utilização da lógica formal.

De tal modo, se a justiça pudesse ser reduzida às ciências matemáticas, utilizando somente a lógica formal, não seria necessário o juiz. Máquinas conseguiriam aplicar a legislação ao caso concreto de maneira mais barata e eficiente, porém quando se trata de direito é preciso ter discernimento para verificação da complexidade das causas e avaliar os valores em jogo. O juiz não pode ser um autômato, ele precisa utilizar da argumentação para equilibrar a equidade e a segurança jurídica, buscando assegurar que a sua decisão será bem motivada (PERELMAN, 1996, p. 513-516).

Neste contexto, o processo de desenvolvimento da decisão judicial (interpretação e aplicação do direito) não pode ser resumido a um processo lógico-dedutivo, pois é necessário um procedimento valorativo (SICHES, 1973, p. 26-30), sendo que os chamados juízos de valor não são passíveis de classificação que levam

em conta a verdade ou falsidade, mas podem ser avaliados como mais ou menos justificados. Finalmente, dentre estes juízos valorativos podem ser colocadas as normas (PERELMAN, 1997, p. 167).

Portanto, a lógica jurídica, “que estuda os raciocínios probatórios em direito”, não pode se reduzir à lógica formal, mas pela análise argumentativa das interpretações que podem ser dadas às normas (PERELMAN, 1997, p. 102).

Desta forma, a lógica, na maneira clássica (lógica formal) é descompassada com a realidade, pois ela somente se preocupa com a aplicação correta do raciocínio lógico e não se atém com a validade das premissas utilizadas para a formação do raciocínio (COELHO, 2004, p. 7). Assim, pode-se ter uma conclusão lógica baseada em premissas falsas ou injustas, o que não pode ser tolerado no Direito.

O grande atrativo do silogismo lógico dedutivo para o Direito foi a sua possibilidade de trazer previsibilidade na aplicação das normas. Desta forma, a segurança jurídica estaria, de certo modo, protegida e garantida, como foi observado nas explanações do primeiro capítulo. Portanto, o grande medo de afastar a lógica formal do direito era abrir portas para a discricionariedade, arbitrariedade e injustiças, mas após a Segunda Guerra Mundial começou-se a pensar em alternativas, sendo que uma delas é a razoabilidade.

2.1.2 A alternativa dada pela razoabilidade

Além da lógica tradicional (formal) existem outras lógicas (razão histórica, finalidade, etc.) que acabam intercambiando entre si, não podendo dividir a lógica de forma regular. No campo da interpretação jurídica, os problemas são basicamente a análise de razões que irão culminar em um resultado correto (justo). Assim, uma lógica dedutiva, por não avaliar a correção material dos resultados, apenas a sua correção formal (correta aplicação da lógica das premissas), não consegue sempre chegar a resultados admissíveis (SICHES, 1973, p. 132-133)

[...] o esforço dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do direito, procurou conciliar as técnicas do raciocínio jurídico com a justiça ou, ao menos, a aceitabilidade social da decisão. Esta preocupação basta para salientar a insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo sobre o valor da conclusão [...] (PERELMAN, 1998, p. 13).

Para o campo das relações humanas é necessário utilizar-se de outra lógica. Desta forma, Siches desenvolve a lógica do razoável, que como se baseia na razão, faz parte da lógica, mas não da lógica tradicional (físico-matemática):

[...] Observe que os argumentos razoáveis que tenho analisado e desenvolvido envolvem observações e experiências de realidades diversas, de realidades humanas e não humanas; assim como envolvem também juízos de valores, juízos sobre fins, juízos sobre a bondade ou não bondade dos meios, e juízos sobre a adequação, e também sobre a eficácia dos meios que buscam a realização dos fins propostos [...] (SICHES, 1973, p. 168).

A lógica do razoável afasta a lógica formal para conseguir lidar com problemas humanos (jurídicos e políticos, por exemplo), passando a se preocupar em “compreender ou entender sentidos e conexões de significados, operando com valores e estabelecendo finalidades e propósitos” (COELHO, 2004, p. 84-85). Abandona a ideia de “identidade” da lógica formal (se uma ideia é verdadeira, ela é verdadeira), para privilegiar a realidade, os valores, os meios e os fins (COELHO, 2004, p. 86), passando a verificar as premissas pela prática e a sua melhor forma de aplicação no caso para gerar decisões razoáveis.

Buscando uma abertura do sistema positivista lógico dedutivo, para a aplicação do direito de forma que se valorizasse a materialidade (substância) das premissas e adequá-las da melhor forma possível ao caso concreto, surgem teorias da argumentação que utilizam a racionalidade e a razão prática para buscar encaixar a razoabilidade como intermediária entre a insegurança gerada pela abertura do sistema e a necessidade de ir além da lógica formal como método de aplicação utilizando-se da argumentação.

Com a ideia de razoabilidade, “Perelman pretende abrir uma via intermediária entre o racional (quer dizer, as razões necessárias, constringentes) e o irracional (o arbitrário): entre uma concepção unilateralmente racionalista e uma concepção unilateralmente voluntarista do Direito” (ATIENZA, 2003, p. 83).

O estudo racional de ciências como o Direito, Filosofia e Moral, somente é possível por via da argumentação, isto é, uma teoria da argumentação estruturada que possibilitará caminhar entre as evidências e a irracionalidade por meio do caminho do razoável (PERELMAN, 1997, p. 217)

Desta forma, a argumentação não se situa na verdade, mas nas decisões e em como justificá-las, o que coloca a lógica jurídica em um âmbito maior, que é o da teoria da argumentação (PERELMAN, 1996, p. 514-515). Como o direito não é um

sistema lógico, mas pseudológico, a lógica clássica não consegue dar unidade ao sistema jurídico, pois este não é unívoco e nem pode ser. A argumentação é a saída para dar congruência ao direito com flexibilidade (que é necessária pela natureza material dos direitos), mas a lógica não fica sem papel neste mundo jurídico maleável, ao contrário, a lógica pode ser utilizada pela argumentação para tornar o sistema eficiente e para se afastar da irracionalidade e da arbitrariedade, ou seja, “o direito parecerá mais seguro se parecer mais lógico” (COELHO, 2004, p. 105-107).

As teorias da argumentação não rejeitam a lógica formal por completo e, à medida que tentam gerar um sistema de aplicação racional para afastar a arbitrariedade, começam a empregar métodos que utilizam inclusive o raciocínio lógico dedutivo. Como se verá a seguir, não está se defendendo a extinção da lógica formal da aplicação jurídica, apenas se posicionando no sentido de que ela sozinha não é capaz de fornecer todas as respostas necessárias a um sistema tão complexo e dinâmico como é o sistema jurídico.

[...] Uma razão prática, que não se pretende apodíctica, mas simplesmente razoável, deve, para não parecer despótica, abrir-se à discussão e ao diálogo. Assim como o regime monárquico convém melhor para realizar as concepções de uma razão segura de suas evidências, desprezando as opiniões daqueles que não se beneficiam dessas intuições privilegiadas, o regime democrático da livre expressão de opiniões, da discussão de todas as teses confrontadas, é o concomitante indispensável do uso da razão prática simplesmente razoável [...] (PERELMAN, 1996, p. 350).

Mesmo assim a prática da lógica-dedutiva, ainda é essencial para o direito, pois várias argumentações ainda são possíveis, a partir da verificação de um fato que, se amoldado em uma premissa (norma no caso do direito), terá a sua conclusão, portanto, a justificativa desta conclusão será de ordem dedutiva. Elas são importantes para manter a conjuntura do sistema e fazer com que as decisões judiciais sejam mantidas de forma racional, com base em um conjunto de normas que delimitam a sua aplicação, mesmo sabendo que a dedução lógica não apreciará se as conclusões ou as próprias premissas são materialmente corretas, razoáveis ou justas. Porém, não é por isso que este tipo de aplicação do direito deixa de ser importante (MACCORMICK, 2006, p. 21 e ss.).

O exemplo da aplicação de questões sobre o ônus da prova e outros tipos de questões processuais podem ser apresentado como fator de importância da lógica dedutiva para as decisões judiciais. Uma questão de ônus da prova estabelece premissas que se não cumpridas geram consequências, mesmo que não façam

“justiça no caso concreto”, ou seja, mesmo que alguém esteja prejudicado e com o direito violado, caso não consiga apresentar provas, não conseguirá uma decisão “justa”. Claro que as questões processuais também podem ser questionadas sobre a sua razoabilidade, porém se não fosse a argumentação lógica dedutiva, não seria possível aplicá-las (MACCORMICK, 2006, p. 51 e ss.).

Até o momento, mostrou-se que a razoabilidade é uma alternativa para a flexibilidade do sistema jurídico, assim como a lógica formal também pode fazer parte do sistema, porém para utilização destes aspectos é necessário um desenvolvimento maior, como a argumentação, que pode ter parâmetros racionais dedutivos e não dedutivos. Assim, para concretização de um sistema de aplicação jurídico é preciso criar teorias que consigam mesclar a lógica formal com a lógica do razoável, ou seja, a abertura do sistema será oferecida de forma racional e com mecanismos de controle.

Em síntese, a razoabilidade é uma saída intermediária para conciliar um sistema lógico formal, que assegura a segurança jurídica, com um sistema jurídico capaz de aplicar critérios materiais. Para trabalhar estas faixas intermediárias, é necessário utilizar a argumentação que irá conter elementos racionais formais e materiais, buscando conseguir criar parâmetros que freiem a discricionariedade da abertura interpretativa trazida pelo razoável.

Assim sendo, a seguir serão apresentados alguns destes procedimentos que buscam flexibilizar o sistema jurídico de forma racional e equilibrada no uso da razoabilidade.

2.1.3 Procedimentos para aplicação da razoabilidade

Um raciocínio razoável que possa ser colocado como lógico pode ser verificado considerando como requisitos as características da lógica do razoável, oferecidas por Siches (1973, p. 289): 1) a análise deve ser feita em uma realidade concreta; 2) a análise deve ser capaz de lidar com valores; 3) a análise deve verificar as limitações e as possibilidades concretas da realidade; 4) a análise deve apoiar-se nos valores para definir os fins; 5) a análise deve ter congruência ou adequação entre: realidade social e valores, valores e fins a serem perseguidos, fins e realidade, meios e fins em relação à conveniência (conformidade), correção ética e eficácia; 6) a análise deve se orientar pela experiência social e individual, atual e do passado.

Para alcançar tais requisitos uma argumentação pode seguir alguns procedimentos com fases: a) de reconhecimento do caso e suas peculiaridades; b) de delimitação do alcance da abertura do sistema, criando parâmetros e restringindo as oportunidades para quem deve decidir; c) de busca de racionalização do sistema de escolhas dentro dos parâmetros definidos e; d) de técnicas de justificação de todas as escolhas feitas, desde o início, buscando adesão ou aceitabilidade racional do auditório.

Os procedimentos de reconhecimento buscam observar os fatos relevantes do caso para conseguir encaixá-los em casos semelhantes já resolvidos. Assim sendo, a argumentação do razoável necessita ser realizada em casos concretos (situações definidas) para evitar a universalização de justificações em casos diferentes.

Existem pelo menos dois pontos variáveis dentro da razoabilidade: a) o tema do conflito (decisões das autoridades, relações contratuais, etc.), que envolverá questões de interpretação do próprio direito; b) os fatores relevantes do conflito, que envolverão questões sobre a correta interpretação do direito inserido no tema, que muitas vezes são explicitadas pela própria lei ou sistema de direito (MACCORMICK, 1999, p. 1587).

Por exemplo, se houver conflito entre a segurança jurídica e a efetividade, primeiro analisa-se como tais princípios devem ser interpretados, e depois, quais os fatores relevantes que devem ser deliberados para a mais correta aplicação naquele caso específico. Cada mudança de tema muda os critérios de razoabilidade, cada mudança de situação muda os fatores envolvidos e, mais uma vez, também mudam os critérios de razoabilidade.

Portanto, a razoabilidade não é um valor de primeira ordem, mas é um valor de segunda ordem produzido do balanço de valores inferiores (MACCORMICK, 1999, p. 1593). Inicialmente, levantam-se os valores envolvidos no conflito, delibera-se sobre eles, e depois se chega à conclusão, se é razoável ou não.

Assim, apesar da análise de razoabilidade ser valorativa, ela precisa ter fatos para valorar, de tal modo que os julgamentos basicamente se dividam em duas fases: a) o que aconteceu e os motivos da ocorrência; b) quais são os fatores relevantes para valorar a razoabilidade do caso em questão.

Para avaliar a razoabilidade, primeiro é preciso saber o que foi feito, os porquês e o que poderia ter sido evitado, além da verificação do que é normal para

aquela situação. Após estas etapas é que se volta para a razoabilidade (MACCORMICK, 1999, p. 1595).

Para utilizar a linguagem técnica oferecida por Perelman (1997, p. 112), “toda argumentação se inicia por “objetos de acordos”, ou seja, fatos, verdades, presunções, valores, hierarquia de valores, lugares-comuns (tópicos) que serão expressos por “noções” que, por sua vez, constituirão “dados”, os quais serão escolhidos, apresentados, interpretados e qualificados.

Destarte, além dos elementos que serão objeto da argumentação, é necessário apresentar a forma de como apresentar estes elementos (ATIENZA, 2003, p. 65). Existem ferramentas para classificá-los, hierarquizá-los e depois justificar a escolha dos elementos relevantes e a sua apresentação. A cada passo que se dá, o discurso deve se apresentar para demonstrar as razões utilizadas e colocar à prova as justificações.

Tanto que, o objeto da teoria da argumentação, segundo Perelman (1997, p. 207), é “o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a aumentar a adesão das mentes às teses que se apresentam ao seu assentimento”. Desta forma, não só no início, mas em todas estas etapas do raciocínio argumentativo, podem ser utilizadas várias regras ou técnicas para elaboração da argumentação, tentando a adesão do auditório às suas justificações e, caso consiga a adesão, a conclusão será considerada plausível, aceitável e razoável.

Por isso, que MacCormick busca construir uma teoria da argumentação, onde a justificação das razões se deem de modo formal e material, considerando aspectos lógicos-dedutivos e não-dedutivos, mantendo os aspectos descritivos (descobertos) e prescritivos (justificativos) (ATIENZA, 2003, p. 119-121).

[...] O que é razoável em circunstâncias particulares depende de uma avaliação da competição dos fatores da decisão, e saber quais fatores da decisão são relevantes (e concorrentes) é algo altamente dependente do contexto. A mesma coisa que justifica que o direito utilize-se de um standard tão complexo como a razoabilidade na formulação de princípios e regras para orientação de autoridades ou cidadãos é a existência de tópicos ou focos que se preocupam em avaliar a pluralidade de fatores relevantes que dependem do contexto [...] (MACCORMICK, 1999, p. 1587)¹⁰.

¹⁰ What is reasonable in the particular circumstances depends upon an evaluation of the competing factors of decision, and what factors of decision are relevant (and thus in competition) is highly context-dependent. The very thing that justifies the law's recourse to such a complex standard as reasonableness in the formulation of principles or rules for the guidance of officials or citizens is the existence of topics or foci of concern to which a plurality of value-laden factors is relevant in a context-dependent way (tradução livre).

Cada tipo de conflito terá os seus elementos para serem avaliados na prática e, a partir da argumentação sobre eles, será possível, objetivamente, classificar a decisão como razoável ou não.

Avançando, depois da delimitação temática e da escolha, apresentação, classificação, hierarquização e justificação sobre os elementos relevantes que envolvem a argumentação, passa-se à fase de inclusão no sistema que irá diminuir as escolhas e parâmetros, conforme o que já está posto, justificado e aceito, em decisões anteriores.

A “Regra da justiça formal” é um importante instrumento para este fim, mas antes de discorrer sobre ela é necessário fundamentar a “Regra da inércia” que se baseia no seguinte raciocínio: uma decisão lastreada por uma argumentação considerada como razoável teve seus argumentos justificados e suas objeções discutidas. Sendo assim, houve toda uma construção em torno dela e, ao final, esta foi aceita pelo público. Desta forma, para que esta decisão seja modificada é necessário que existam novas justificações com razões suficientemente importantes que possibilitem o seu afastamento. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 120)

A “inércia permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual e valorizá-lo”, já “a mudança, em compensação, deve ser justificada; uma decisão, uma vez tomada, só pode ser alterada por razões suficientes”. Estas são as bases da regra da inércia que garantem institutos, como por exemplo, a coisa julgada e os precedentes, além de ser base para a regra da justiça formal (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 120).

Voltando-se à Regra da justiça formal, esta pode ter seu preceito reduzido à seguinte forma: “as pessoas de uma mesma categoria devem ser tratadas de forma igual” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 248). Deste modo, ela possui um requisito de universalidade - um caso deve ser decidido como os casos antigos semelhantes, assim como os casos futuros devem seguir os mesmos parâmetros. (MACCORMICK, 2006, p. 93 e ss.)

[...] O tribunal que hoje decide um caso específico entre indivíduos deveria levar em conta seu dever, pelo menos seu dever inicial, de decidir o caso em termos compatíveis com decisões anteriores sobre as mesmas questões ou questões semelhantes. No mínimo, a justiça formal exige que, exceto por fortes razões, ele não decida o caso atual de uma forma diferente da adotada em suas decisões anteriores em casos semelhantes [...] (MACCORMICK, 2006, p. 96).

A justiça formal busca garantir a previsibilidade que: a) que os juízes justificarão suas decisões se apoiando em outras decisões em casos semelhantes; e, b) que os advogados e outros juízes buscarão se apoiar no que foi decidido (MACCORMICK, 2006, p. 128). No entanto, é necessária sempre uma justificativa detalhada para este tipo de processo de ligação, pois sempre haverá diferenças em cada caso. De tal modo, é necessário verificar se estas diferenças são relevantes ou não, para ligar acordos ou argumentos de um caso para o outro, já que estes “raramente são indiscutíveis” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 248-250).

De qualquer forma, as variáveis não tornam o teste de razoabilidade subjetivo, o que não pode acontecer é utilizar-se de duas interpretações diferentes para casos iguais envolvendo o mesmo tema (contexto) (MACCORMICK, 1999, p. 1593). Ou seja, serão definidos fatores relevantes para um contexto e, toda vez que algum caso específico entre neste contexto, os mesmos fatores devem ser analisados. Este processo garante a objetividade da avaliação da razoabilidade, que será realizada deliberando se os fatores definidos foram ou não atendidos naquele caso específico.

Para além da Regra de justiça formal, existem justificações que MacCormick (2006, p. 128-137) qualifica como de justificação de segunda ordem. Estas justificações podem ser dadas por argumentos consequencialistas ou por coerência e coesão, ligadas à ideia de justificar a utilização de uma norma geral, dentro de um contexto específico, fazendo sentido de acordo com o sistema em geral normativo e no mundo real.

Portanto, a escolha entre um ou outro posicionamento deve conter justificações que envolvam as opções que melhor se adaptem ao sistema jurídico como um todo, de modo aceitável ou razoável a uma situação social.

A coesão busca que as premissas normativas não entrem em conflito com as normas válidas, e a coerência, quando normativa, busca que a norma se adeque a um sistema de valores e princípios aceitáveis (MACCORMICK, 2006, p. 135).

Porém, a coerência possui um caráter formalista e, conseqüentemente, uma justificação fraca, pois os valores aceitáveis podem gerar decisões coerentes ao sistema, mas contraditórias entre si, além do que, dependendo dos valores escolhidos, a justificação pode ser coerente com um sistema materialmente “injusto” (sistema de valores nazistas) (ATIENZA, 2003, p. 129-130).

De qualquer forma, a coesão e coerência são ferramentas importantes para a delimitação de parâmetros para decisões razoáveis e, também, para a criação de um sistema jurídico mais uniforme e previsível. Além do mais, a questão de um sistema materialmente injusto pode ser superada pela implantação do Estado Democrático de Direito baseado em constituições que tenham como norte a dignidade da pessoa humana.

Outras técnicas irão utilizar justificações racionais para além do sistema jurídico, visualizando mais o mundo real. Nesta etapa podem ser inclusos os argumentos consequencialistas que se ligam à ideia de sentido no mundo, buscando analisar as consequências de determinada escolha e avaliando se estas escolhas são aceitáveis (MACCORMICK, 2006, p. 134).

Para Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p. 303), este tipo de justificação chama-se argumento pragmático, que faz a avaliação de algo conforme as suas consequências (sejam favoráveis ou desfavoráveis). Assim, será boa uma justificação escolhida, se as consequências dela também forem boas. O efeito positivo ou negativo das consequências é passado para a causa.

Existem complicações para aplicação deste tipo de argumento, uma é a impossibilidade de prever todas as consequências que a adoção de uma causa pode trazer, assim como, se aquele efeito positivo realmente veio da causa. De outro lado, ainda é preciso avaliar a defesa do argumento de ligação quando tiverem vários efeitos, tanto positivos e negativos (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 302-307). Mais uma vez, não basta escolher o argumento, é preciso justificar a sua utilização.

Outra regra de justificação que utiliza a visão para além do jurídico é a de verificar a relação entre fins e os meios, ou seja, busca ligar racionalmente os objetivos aos meios para alcançá-los. Nesta regra, deverão ser problematizadas algumas considerações como: a) o melhor meio para produção de um fim; b) se o meio é justificável para ser utilizado (mesmo que seja o melhor); c) se o fim não é utilizado como desculpa para a utilização de um meio, etc. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 311-317).

Dentre todos os tipos de argumentos aqui apresentados, assim como, outros que podem ser utilizados, é preciso atentar para que eles se inter-relacionem formando um todo, portanto, é necessário empreender uma interação entre os

argumentos, sejam de qualquer tipo, de modo a formar uma justificativa complexa, aceitável e variável (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 523 e ss.).

Cada argumento apresentado durante a formação de escolhas razoáveis deve ser costurado pela justificação, de tal modo, o diálogo e a imparcialidade são fundamentais para a razão prática razoável. O debate deve fugir dos interesses pessoais e tentar atingir a todos que tenham que conviver com decisões tomadas com base no razoável. Também devem ser levados em consideração que: a) a livre expressão da opinião se faz necessária para a prática da razoabilidade no regime democrático; b) a razoabilidade será controlada (evitando a arbitrariedade) pelo uso de regras e critérios colocados à disposição para serem aceitos pelo público e fornecidos pela razão prática (PERELMAN, 1996, p. 350).

Assim, aquele que pratica a razoabilidade é alguém que não é excessivamente cuidadoso e nem descuidado, é aquele que avalia todos os valores envolvidos, independentemente da sua opinião. Estas pessoas dificilmente são encontradas, apesar da lei exigir que todos devam agir de forma equilibrada (MACCORMICK, 1999, p. 1580).

De qualquer forma, mesmo depois de utilizadas as regras acima apresentadas, ainda haverá opções que podem levar à decisão para a discricionariedade. Como o direito trabalha com controvérsias, é papel do juiz dirimir um conflito através de uma decisão que afaste a arbitrariedade e ofereça a razoabilidade, sendo que o processo que garante estas duas características é a justificação dos argumentos, que deve conseguir a adesão das partes e estar conforme o sistema jurídico de modo a se tornar parte coerente com as outras decisões tomadas anteriormente (PERELMAN, 1998, p. 222-223).

Portanto, para conseguir tomar decisões razoáveis ao caso e coerentes com o sistema, existe ao direito uma dupla exigência, uma sistemática (coerência com o sistema) e outra de ordem pragmática (com adesão pelo auditório) (PERELMAN, 1998, p. 238-239).

Para a exigência pragmática existe a Retórica – estudo das técnicas para buscar a adesão do auditório – e quatro observações: a) a adesão é buscada pelo discurso; b) ela trata de resolver problemas para além da evidência e da lógica formal; c) a adesão a uma tese pode ser variável; d) ela “diz mais respeito à adesão do que à verdade” (PERELMAN, 1998, p. 141-143).

[...] Nessa perspectiva, o papel do juiz, como servidor de um Estado de direito, é contribuir para a aceitação do sistema, mostrando que as decisões que é levado a tomar são não somente legais, mas também aceitáveis, porque razoáveis. Toda vez que deve arbitrar conflitos de opiniões, de interpretações, de interesses e de valores, o juiz procura soluções que sejam, a um só tempo, conformes ao direito e aceitáveis [...] (PERELMAN, 1996, p. 554).

Perelman busca utilizar a razão prática (razões aceitas universalmente) como intermediária entre a razão teórica (lógica-experimental) e a irracionalidade (ATIENZA, 2003, p. 77) logo, é necessário ir além da lógica sem se perder no irracional ou arbitrariedade, sendo que a razoabilidade vai ser o critério deste meio termo, ou seja, pensar em valores materiais de forma racional para construir uma justificação aceitável dos argumentos.

No entanto, “o razoável e o desarrazoado são ligados a uma margem de apreciação admissível e ao que, indo além dos limites permitidos, parece socialmente inaceitável” (PERELMAN, 1996, p. 436) e para Atienza (1987, p. 189) esta razoabilidade proposta por Perelman pode ser mais aprofundada e controlada, não precisando ficar no caráter negativo (inaceitabilidade).

O ponto básico na Nova Retórica de Perelman é: aquele que conseguir maior adesão para a sua argumentação pode sustentar que ela é mais razoável e justa; também na afirmação não existem espaços para absolutos e nem para questões imutáveis (se algo é justo hoje pode deixar de ser justo amanhã e, também, pode haver ou surgir outra perspectiva igualmente justa).

Desta forma, o discurso garante que um orador pode apresentar uma perspectiva do seu entendimento e, quanto maior for à adesão do público a esta perspectiva, pode-se dizer que ela é mais justa, razoável e aceitável (PERELMAN, 1996, p. 253).

A principal crítica de Atienza (1987, p. 191) à teoria de Perelman acaba sendo o baixo grau de verificabilidade de correção, pois seguindo certos limites, várias decisões podem ser consideradas como razoáveis, sendo que o critério final seria a maior adesão do público (muitas vezes de difícil verificação).

Buscando deixar as decisões jurídicas julgadas somente pela razoabilidade em um último caso, Atienza (1987, p. 192) busca separar a razoabilidade, que ele chama de “estrita razoabilidade”, de outros procedimentos racionais que formaram critérios estritamente racionais. Este pensamento tenta resguardar ao máximo a racionalidade da decisão jurídica como um todo e a racionalidade da própria

razoabilidade com o intuito de evitar que a abertura do razoável se aproximasse do arbitrário.

Com este fim, Atienza (1987, p. 192 e ss.) elabora alguns requisitos que permitem visualizar se houve o uso e sucesso da razoabilidade: a) ocorrer a insuficiência da racionalidade estrita; b) alcançar um equilíbrio entre exigências divergentes e relevantes para o caso; c) ocorrer aceitabilidade da comunidade.

Sendo que uma decisão estritamente racional: 1) respeita as regras de lógica dedutiva; 2) respeita os princípios da racionalidade prática (consistência, eficiência, generalização e sinceridade); 3) é adotada sem utilizar fontes vinculantes do Direito; 4) não precisa utilizar elementos não previstos no ordenamento jurídico (critérios políticos, éticos, etc.) (ATIENZA, 1987, p. 193).

Caso estes elementos não cheguem a uma solução, chegando a soluções inaceitáveis¹¹ ou a duas decisões divergentes, que não puderem ser resolvidas respeitando os requisitos 3 ou 4, materializa-se um fracasso da racionalidade estrita e estar-se-á diante de um caso difícil (*hard case*), onde valores em conflito deverão ser avaliados pela razoabilidade estrita buscando o equilíbrio mais aceitável, isto é, mais razoável (ATIENZA, 1987, p. 193 e ss.).

Portanto, Atienza utiliza somente a razoabilidade, após a falha da racionalidade estrita em casos que necessitem de equilíbrio entre valores divergentes, como foi demonstrado acima. De qualquer forma, adota-se uma metodologia para que não se contenta com uma decisão minimamente razoável como Perelman cita, a aceitabilidade será um critério definitivo para conseguir chegar à decisão mais razoável possível (ATIENZA, 1987, p. 196).

Apesar de tudo, existe grande dificuldade em encontrar um consenso ou adesão às argumentações diferentes, sendo que a concordância pode se dar pela maioria (consenso de fato) ou pela unanimidade (consenso ideal), porém, qualquer um dos dois tipos são igualmente difícil de achar, pois: a) a maioria será calculada sobre qual comunidade (juízes, sociedade, etc.)?; b) O consenso pela unanimidade é recorrentemente utópico.

¹¹ As decisões que são inaceitáveis por falharem na racionalidade podem ser de dois tipos: 1) na decisão existe uma contradição entre os resultados e os objetivos que eram perseguidos; 2) na decisão existe uma contradição entre o resultado e os valores ou fins sociais, seja porque o resultado atinge os valores que não são perseguidos pelo sistema jurídico, seja porque o resultado é contraditório em relação aos valores perseguidos pelo sistema (ATIENZA, 1987, p. 193)

Assim sendo, uma possibilidade seria o consenso a partir de ideias convergentes, partindo de ideias comuns e achando o melhor ponto de concordância entre as diversas argumentações, ou seja, “o controle de razoabilidade das decisões necessitará, na maioria das vezes, da busca por pontos de concordância, mesmo que por vezes, sejam inclusos pontos indesejados” (ATIENZA, 1987, p. 196-200).

Enfim, todos os apontamentos acima tentam demonstrar que é possível ir além da lógica dedutiva e propor ao sistema jurídico que avalie conflitos entre valores, principalmente expostos em princípios de modo racional e com parâmetros que ofereçam previsibilidade e controlabilidade das decisões tomadas.

A seguir, serão analisados os modos de aplicação que foram sistematizados, sendo utilizados principalmente nos Estados Unidos da América e que podem ser encaixados em grande parte dos requisitos da razoabilidade acima expostos.

2.2 PERSPECTIVA DESENVOLVIDA NO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO

A razoabilidade aplicada no direito norte-americano tem expressão no devido processo legal substantivo. O devido processo legal, originário da *law of the lands*, estampado na Carta Magna Inglesa e, também, da cláusula do *due process of law*, constante da Constituição dos Estados Unidos da América, pode ser dividido em duas facetas, uma processual e outra substantiva (BARROSO, 1998, p. 1). Enquanto a processual se preocupa em controlar que os atos do poder público sigam as formalidades impostas para sua confecção, a substantiva se preocupa com o conteúdo material dos atos, aproximando-se da ideia de justiça.

Existem diferenças relevantes quanto ao controle dos atos do poder público inglês e o estadunidense, pois no país americano os estados federados (como unidade federativa) podem estabelecer suas normas e, assim, ultrapassar os limites dados pela constituição, enquanto no país europeu, a forma de Estado unitário não permitiu o conflito entre Estados e União. Esta diferença de organização não fez progredir o controle material dos atos do poder público na Inglaterra (BITAR, 1996, p. 531), desta forma, o *substantive due process of law* (devido processo legal substantivo) utilizado como fundamento para afastar atos públicos materialmente desarrazoados têm profundidades diferentes na Inglaterra e nos EUA.

A razoabilidade resultante do devido processo legal substantivo no direito inglês foi formada pelo o que ficou conhecido como *Wednesbury test*, onde o critério adotado para avaliar o ato como razoável, foi pautado na “extrema irrazoabilidade¹²”, ou seja, somente é desarrazoado “algo tão absurdo que ninguém sensato poderia sonhar que estava estabelecido dentro dos poderes da autoridade¹³” (BARAK, 2012, p. 375).

Já a perspectiva substantiva do devido processo legal que vem a influenciar a aplicação da razoabilidade aos moldes atuais é desenvolvida nos Estados Unidos da América, onde tem implicações bem mais complexas, que para serem expostas, primeiro, é interessante entender o contexto de desenvolvimento e aplicação do controle do *substantive due process of law* e suas fases, para depois se adentrar nos métodos de aplicação específico da razoabilidade realizado dentro de um exame maior que é o do devido processo¹⁴.

Na evolução do devido processo legal substantivo norte-americano, até pelo próprio sistema de justiça dos Estados Unidos, houve mudanças significativas na aplicação e nas áreas de atuação de acordo com a passagem histórica social, sendo que a cláusula do devido processo legal é propositalmente aberta para conseguir abarcar diferentes visões do direito de acordo com as transformações da sociedade, ou seja,

[...] a cláusula do *devido processo legal* não logrou ser reduzida a nenhuma fórmula precisa e acabada nos sistemas constitucionais que a adotam, seja de maneira explícita ou implícita, essa garantia acabou se transformando num postulado genérico de legalidade a exigir que os atos do Poder Público se compatibilizem com a noção de um *direito justo*, isto é, consentâneo com o conjunto de valores incorporados à ordem jurídica democrática, segundo a evolução do sentimento constitucional quanto à organização do convívio social [...] (CASTRO, 2006, p. 141, grifos no original).

O devido processo legal adentra ao sistema norte-americano a partir da 5ª emenda, porém com o advento da 14ª¹⁵ emenda é que a perspectiva substantiva começa a ser formada na Suprema Corte. O primeiro momento é de busca por um

¹² *Extreme unreasonableness.*

¹³ Something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority (tradução livre)

¹⁴ Ou seja, a razoabilidade norte-americana é uma parte do teste de legitimidade (legalidade) dos atos do poder público realizado pelo “*substantive due process of law*”.

¹⁵ Antes, o devido processo legal era só garantido contra atos da União; com a 14ª emenda, passa a também ser exigido dos Estados, e assim, o devido processo legal ganha mais importância, o que possibilita o desenvolvimento da face substantiva na virada para o século XX. Cf. (COSTA, 2008, p. 58 e ss.).

fundamento de atuação judicial para restringir materialmente nos atos do poder público, principalmente, em relação aos atos do legislativo. Após a 14ª emenda começa a surgir na Suprema Corte votos que aplicam o devido processo legal de forma substantiva, porém, a maioria da corte¹⁶ ainda é resistente a esta nova concepção, de qualquer forma já era iniciada uma nova fase (CASTRO, 2006, p. 41-42).

A segunda fase, conhecida como “Era Lochner¹⁷”, alcança o ápice de aplicação do controle substantivo do devido processo legal aos atos do poder público. As decisões eram pautadas no intuito de não deixar o Estado intervir nos direitos individuais dos cidadãos, porém, sempre com cunho de pró-liberalismo, por exemplo, evitando maiores intervenções do Estado nas leis trabalhistas e na economia. (COSTA, 2008, p. 71-73)

A “Era Lochner” foi a fase em que a Suprema Corte teve o ápice do ativismo judicial, intervindo no Legislativo, sempre que possível, para tentar evitar que o Estado viesse a limitar direitos fundamentais, principalmente contra a liberdade e a propriedade. Era uma defesa compatível com o liberalismo econômico, sendo que cabia à Suprema Corte manter o Estado intervindo minimamente na esfera individual das pessoas.

Nesta fase, o “*scrutiny*” (controle) era apertado, o que levava sempre uma análise profunda da lei, afastando-a caso não fosse considerada pela Corte como a melhor possível (ou menos restritiva possível) (COSTA, 2008, p. 75). Tal período é considerado como exagerado, porém uma análise histórica mais atenta, também mostra a luta pela consolidação do controle material dos atos do poder público através da supremacia dos valores constitucionais (BARROS, 2003, p. 67).

No fim da “Era Lochner” a Suprema Corte recua e passa a realizar o teste do devido processo legal com apenas dois parâmetros: 1) enquadramento na constituição; 2) levantamento se os legisladores poderiam entender a lei como meio razoável para promover o fim. Deixa-se de verificar o meio menos restritivo possível e passa-se a permitir a liberdade do legislador de atuar de qualquer modo desde que seja adequado a promover um fim. Este período ficou conhecido como “Corte

¹⁶ Os casos apontados como relevantes para este período são conhecidos como Slaughter-House Cases (1873).

¹⁷ O caso que melhor representa esta fase é Lochner v. New York – 198, U.S. 45 (1905)

Warren”¹⁸ que deixa de realizar com prioridade o controle apertado (o melhor meio e o menos restritivo) (COSTA, 2008, p. 74; 84 e ss.).

Por outro lado, esta etapa também é denominada de “*sociológica*”, pois busca pronunciar um exame material menos subjetivo da Corte e mais avaliativo dos motivos do legislador (BARROS, 2003, p. 67), caso estes motivos consigam ser racionais e razoáveis, não deve ter intervenção do judiciário.

Apesar do controle menos apertado, deixando uma maior liberdade para o legislador e exigindo apenas a constitucionalidade e um mínimo de adequação entre meios e fins nas áreas do liberalismo econômico, Castro (2006, p. 57-58) indica que neste período o controle substantivo passa a atuar mais nas áreas das liberdades civis (*civil liberties*), apertando o escrutínio (*strict scrutiny*) quando os casos envolviam arguições de restrições excessivas de direitos fundamentais não ligados à economia.

Esta mudança acontece, principalmente, pelos exageros do período anterior da Suprema Corte em atuar defendendo o liberalismo econômico e, também, pela nova fase histórica norte-americana imposta pela política do *New Deal*, além da assunção de um modelo de Estado do bem-estar social (*Welfare State*) (CASTRO, 2006, p. 57-59).

A posição atual da Suprema Corte permanece evitando o ativismo judicial, deixando ao legislador e ao poder executivo, a escolha daquilo que eles entendem por mais racional e razoável, porém, atua em determinadas áreas sensíveis com um controle mais rígido de acordo com o histórico social (COSTA, 2008, p. 92).

Em suma, o devido processo legal substantivo se transformou em uma cláusula genérica que possibilita a análise da justiça material dos atos do poder público, evoluindo e sendo mais ativo em determinadas áreas, de acordo com o que permite a composição da Suprema Corte e a conjuntura da transformação social.

2.2.1 Razoabilidade como um dos principais “*Standards*” do devido processo legal substantivo

Como se procurou demonstrar, o devido processo legal substantivo é a cláusula constitucional que permite o controle dos atos do poder público pelo

¹⁸ São exemplos desta fase *Olsen v. Nebraska* – 313 U.S 236 (1941) e *Williamson v. Lee Optical Co.* – 348 U.S 483 (1955)

Judiciário. Ele é o fundamento que permitiu tal exame, que é composto por inúmeros *standards* (padrões) que devem ser buscados para considerar o ato constitucional e/ou materialmente legítimo.

Estes *standards* vão sendo formados pelos julgados e são incontáveis, ora sendo revitalizados, ora abandonados, ora resgatados. A cultura judicial da *common law* sobrevive exatamente desta falta de parâmetros fixos, o que permite ao sistema a possibilidade de se manter fluido de acordo com os casos, com a composição dos membros da Corte, com os interesses sociais envolvidos, entre outros.

Entretanto, a manutenção do nível de segurança jurídica também é feita através da figura dos *standards* que fundamentam as decisões procurando manter o posicionamento do judiciário previsível, visto que não é fácil conseguir o afastamento dos precedentes.

No caso específico do devido processo legal substantivo o *standard* principal é a “*reasonableness*” (razoabilidade), pois “talvez nele se superponha a própria noção do *due process*” (BITAR, 1996, p. 557), porém, como os “*standards*” são figuras fluidas que se modificam em um processo de revitalização propiciado pelo sistema da “*common law*”, não é possível encontrar, de modo estanque, quais deles são utilizados para verificação da razoabilidade do ato público (COSTA, 2008, p. 54-55).

[...] À Suprema Corte, em última instância, cabe dizer o que é a Constituição e o regular processo em um caso concreto (...). O juízo de razoabilidade leva em conta uma pauta de valores da sociedade que os magistrados ocupam-se de traduzir e, na aferição da proporcionalidade da medida restritiva a direitos, sempre é ponderada uma relação de custo/benefício social [...] (BARROS, 2003, p. 67).

A falta de critérios predefinidos, à primeira vista, pode parecer prejudicial para aplicação da razoabilidade, porém, o sistema da “*common law*” exige a observação dos precedentes e a justificação tanto da aplicação ou abandono do precedente no caso concreto (gerando segurança jurídica – previsibilidade, determinabilidade, calculabilidade e confiança). Desta forma, os “*standards*” aplicados para a razoabilidade são, sempre, debatidos e esclarecidos possibilitando o controle da decisão, sempre com um olhar sobre o custo-benefício social.

Portanto, não somente a razoabilidade será parâmetro para uma decisão que passe no teste do devido processo legal substantivo, mas é um dos critérios a ser utilizado. Dentro da verificação da razoabilidade, existem outros critérios para qualificar determinado ato como razoável, os quais foram se desenvolvendo com o

passar dos anos e, alguns deles, podem servir de métodos de aplicação como se verá adiante.

2.2.2 Controle mínimo - *Minimal Scrutiny*

É praticamente impossível encontrar no direito estadunidense, organizações estanques, pois como já mencionado, manter-se com conceitos fluidos é exatamente a lógica da *common law*, portanto, a organização dos critérios aqui demonstrada é mais uma tentativa de tentar levantar, exemplificadamente, modos de aplicação da razoabilidade, do que o retrato perfeito da realidade da “*reasonableness*” americana¹⁹ (EUA).

A razoabilidade começa como um critério sobre os atos do poder administrativo que não mais poderiam ser desarrazoados. No início, somente buscava evitar exageros ou excessos no exercício do poder discricionário do poder executivo. Tanto que é mais fácil conseguir distinguir o que é absolutamente desarrazoado de um ato que é mais razoável que outro.

Este começo é possível verificar pelo próprio *Wednesbury test*, ainda no direito inglês, ou seja, se alguém racional consegue chegar à mesma decisão que foi tomada pelo poder público, aquela decisão não pode deixar de ser considerada razoável. Tem-se aqui um caráter negativo: se não for absurdo, é razoável.

A “Corte Warren” também seguiu entendimento parecido quanto às atividades não econômicas, aplicando “*minimum rationality test*” (teste de racionalidade mínimo), que consiste em analisar se o meio escolhido for racionalmente ligado a propiciar o fim, há razoabilidade (COSTA, 2008, p. 111).

[...] A lei não precisa ser em todos os aspectos logicamente consistente com seus objetivos para ser constitucional. Basta que haja um mal em mãos para a correção, e que poderia ter se pensado que a medida legislativa em particular foi um meio racional para corrigi-lo [...] (U.S. SUPREME COURT, 1955).

Este tipo de *minimal scrutiny* (controle mínimo) é utilizado, principalmente, para direitos que envolvem economia e propriedade ou outros direitos que não sejam

¹⁹ Tomar-se-á o devido cuidado com as expressões “americana, norte-americana” nesta pesquisa, visto que é comumente utilizada como retrato dos Estados Unidos da América. Porém, como a seguir será utilizada uma perspectiva de Proporcionalidade desenvolvida no Canadá, sempre se procurará deixar explícito o que advém dos EUA ou de outros países americanos ou norte-americanos.

considerados dentro de uma classificação “suspeita”, sendo suficiente para serem considerados razoáveis todos os atos que tenham um “interesse estatal legítimo” e que este interesse seja atingido por meios racionais (BARAK, 2012, p. 292). Tudo leva a crer que privilegiar as escolhas do legislador e administrador foi uma clara reação aos excessos de ativismo judicial da “Era Lochner”, que acabou por impedir um controle mais rigoroso quanto às matérias econômicas.

Existe grande liberdade para os agentes públicos praticarem seus atos neste tipo de controle, a forma de atuação só é limitada a uma mínima racionalidade, não havendo qualquer controle sobre a profundidade (aplica menos ou mais) ou a qualidade (melhor ou pior) da atuação.

2.2.3 Controle rigoroso e intermediário - *Strict Scrutiny* and *Intermediate Scrutiny*

Outro tipo de controle dos atos do poder público criado a partir do *due process* é o *Strict Scrutiny* (controle rigoroso), que retira a ampla liberdade dos agentes públicos, exigindo que a lei tenha um maior custo-benefício.

Tal controle é utilizado para restrições contra direitos que são classificadas como suspeitos. Assim, existe uma inversão da presunção de constitucionalidade do ato, ou seja, sempre é analisado como possivelmente inconstitucional e, caso consiga passar pelos critérios do *strict scrutiny*, a suspeita é retirada. Este controle é usado para alguns direitos, por exemplo: igualdade (análise de discriminações quanto à raça ou à origem), liberdade de expressão, de crença religiosa, de ir e vir e de voto (BARAK, 2012, p. 293-294).

Os critérios, para que um ato público sobreviva ao *strict scrutiny*, são dois: a) o fim ou objetivo governamental deve ser convincente²⁰ (*compelling*); b) o ato é um meio estritamente apto a promover o fim ou objetivo, não é nem de menos, nem demais invasivo para a necessidade a ser promovida (WINKLER, 2006, p. 800).

Aqui não é mais suficiente a racionalidade e um fim legítimo, são incorporadas restrições quanto ao objetivo (ou fim) que deve ser importantíssimo e, também, quanto à gradação dos meios que têm que ser os mais justos (os melhores).

²⁰ Convincente no sentido de que é forçoso. Objetivo de alta importância que justifique a intromissão em um direito considerado muito relevante.

Neste ponto surgem duas estruturas importantes: *overinclusive* (excessivo) era necessário deixar pessoas de fora ou criar exceções - desigualdade nos fatos - ou *underinclusive* (insuficiente) era necessário abranger mais casos que ficaram de fora - desigualdade criada na própria norma (COSTA, 2008, p. 108-111).

Desta forma, a análise da gradação que o ato deve ser, nem muito raso, nem muito profundo. Se abranger todos de forma igual e existirem sujeitos em situações que mereçam tratamento diferenciado, dir-se-á que a ação de abrangência foi excessiva; se abranger somente alguns, deixando sujeitos que mereciam tratamento igual, terá agido com abrangência insuficiente. Nesta ocasião, percebe-se a ligação da razoabilidade com a igualdade (*equal protection*).

Entre o *rational test* (controle mínimo) e o *strict scrutiny* (controle rigoroso), existe um controle intermediário -*intermediate scrutiny* - que exige um interesse público importante e que os meios sejam substancialmente adequados para promover o objetivo (DEUTSCH, 2003, p. 191). Este teste é aplicado para classificação “quase-suspeitas” que envolvam direitos como: igualdade (análise de discriminações quanto à idade ou gênero), liberdade de expressão comercial, restrição de acesso a conteúdos pornográficos (BARAK, 2012, p. 293).

Em suma, o controle dos atos do poder público fundado no devido processo legal substantivo e na igualdade (*equal protection*) pode ser feito de três formas:

- Teste de racionalidade: o meio racionalmente promove o objetivo legítimo do Estado (controle fraco), aplicado a direitos que envolvem classificações não suspeitas;
- Controle intermediário: o meio deve substancialmente promover um objetivo importante do Estado (controle médio), aplicado a direitos que envolvem classificações quase-suspeitas;
- Controle rigoroso: o meio deve estar estreitamente ligado à promoção de um fim “importantíssimo” do Estado (controle forte), aplicado a direitos que envolvem classificações suspeitas.

Portanto, dependendo do direito envolvido, os critérios para classificar a atuação do poder público como razoável, se modificam, desafiando testes que controlam materialmente, em um só conjunto, a constitucionalidade, legitimidade, legalidade, cumprindo o requisito da razoabilidade.

2.2.4 Balanceamento - *Balancing*

Se os tópicos anteriores foram para levantar critérios da razoabilidade, o Balanceamento (*balancing*) é o método de aplicação judicial no direito norte-americano para ponderar os interesses de forma razoável. Este teste procura examinar um aspecto importante da razoabilidade envolvida no devido processo legal substantivo: a relação de custo-benefício entre o interesse público e a restrição ao direito fundamental afetado.

O “*balancing*” é utilizado pela Suprema Corte norte-americana com a finalidade de fazer uma análise substancial dos direitos envolvidos e conflituosos com o interesse da sociedade, devendo prevalecer aquele que tiver maior importância.

Sua aplicação vem em um contexto, onde os direitos protegidos pela “*Bill of Rights*” de 1791 eram constantemente utilizados para tentar limitar atos do poder público, sendo que, o posicionamento de balancear os valores envolvidos escolhidos pela Suprema Corte veio como forma de impedir a corrosão dos poderes públicos pelo ativismo judicial (COHEN-ELIYA; PORAT, 2010, p. 20).

Outro contexto histórico para o desenvolvimento do “*balancing*” foi o combate ao formalismo do direito, além da sua criação no direito privado buscando contrapor o “Langdellianismo²¹”. Porém, tempos depois, o balanceamento passa a ter caráter constitucional, combatendo a “Era Lochner” na tentativa de repreender as atuações interventivas da Suprema Corte no poder público e “sugerindo que os direitos que tratam de interesses sociais devem ser balanceados por outros interesses sociais”, sendo que cabe ao legislativo e não ao judiciário ponderar os interesses da sociedade (COHEN-ELIYA; PORAT, 2010, p. 25 e 28).

Evitando a dissociação dos direitos e interesses, o direito norte-americano concebeu o balanceamento como forma de evitar, que sob a fundamentação da defesa dos direitos, os interesses estatais (públicos), principalmente, os produzidos pelo legislativo, fossem corroídos pelo ativismo judicial (COHEN-ELIYA; PORAT, 2010, p. 31).

A metódica do balanceamento faz a análise dos interesses e/ou direitos de forma abstrata, onde os diversos fatores são ponderados buscando a visualização do

²¹ Escola desenvolvida por Christopher Columbus Langdell que defendia a incorporação do formalismo jurídico na jurisprudência dos Estados Unidos da América. Cf. (COHEN-ELIYA; PORAT, 2010, p. 21).

custo-benefício, assim, o controle da razoabilidade começa e termina pela busca de equilibrar interesses diversos (ALEXANDER, 2009, p. 6-7).

Desta forma, o balanceamento é utilizado para os controles de razoabilidade, iniciando pela verificação se o interesse é relevante, importante ou importantíssimo a ponto de permitir a intervenção judicial nos atos do legislativo ou administrativo. Se não houver interesse, não é permitida a intervenção do judiciário, havendo interesse e dependendo do tipo de direito envolvido será utilizado o controle mínimo, intermediário ou rigoroso, sendo que a análise finalizará mais uma vez analisando se o custo-benefício, no caso em concreto, é suficientemente bom para autorizar a restrição imposta.

Sendo que a primeira análise é feita de forma descontextualizada, de modo a permitir o alcance dos mais diversos tipos de interesses envolvidos no conflito e que precisam ser equilibrados, a doutrina alemã vê esta atuação com uma forma de classificação de direitos (ALEXANDER, 2009, p. 7), isto é, um ranking dos direitos mais importantes e que exigiriam um nível de interesse maior para serem restringidos.

Como demonstrado acima, a classificação dos direitos foi realizada pela Suprema Corte dos EUA, que para determinados tipos de direitos, exige tipos de interesses diferenciados (relevante, importante ou importantíssimo). Este modelo de atuação, segundo Alexander (2009, p. 8) deixam escondidos os verdadeiros motivos das decisões judiciais deixando as decisões menos transparentes.

Entretanto, para a utilização do balanceamento devem ser analisados de maneira aberta todos os interesses envolvidos para conseguir visualizar o que estará envolvido na situação conflituosa que mereça destaque, quanto mais interesses intrincados, mais complexa será a decisão, mas não deve ser somente levado em conta a quantidade, mas também a qualidade dos interesses.

Este levantamento prévio fornece uma espécie de lista de interesses que devem ser tratados com mais atenção (classificação suspeita), outros com nível intermediário (quase-suspeita) e outros com nível baixo (classificação não suspeita), lembrando que somente alguns direitos induzem um controle mais rigoroso do judiciário no sistema jurídico estadunidense, pois a regra é uma abertura maior para as opções do legislativo.

2.3 ADOÇÃO DA RAZOABILIDADE NO BRASIL E A NECESSIDADE DE DESENVOLVIMENTO

Após a exposição de algumas perspectivas mais essenciais da razoabilidade, passa-se à verificação da visão do direito brasileiro e sua aplicação do razoável.

Quanto a sua possibilidade de aplicação, pode-se encontrar a previsão legal de forma implícita no ordenamento, porém “um certo positivismo arraigado na formação jurídica nacional retardou o ingresso do princípio da razoabilidade na jurisprudência brasileira, por falta de previsão expressa na Constituição” (BARROSO, 2002, p. 163). Tanto que, o Supremo Tribunal Federal – STF chegou a não reconhecer o fundamento da irrazoabilidade como suficiente para declarar a inconstitucionalidade de atos normativos:

[...] Sua iniquidade, não é das que nós juízes, podem, pois a Constituição permite que o legislador condicione o uso da propriedade ao bem estar social (art. 147), e, como disse o grande Holmes, na Corte Suprema dos Estados Unidos, o juiz não pode substituir pelas suas as concepções de justiça do legislador.

O que o juiz pode fazer é deixar de aplicar a lei injusta toda vez que a sua letra ou seu espírito isso autorizem [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1961)²².

Percebe-se que nesta aplicação da razoabilidade existe uma forte influência do período de fundamentação do devido processo legal substantivo no direito dos EUA, onde a análise material da lei ficava por conta do legislativo e, caso não houvesse razoabilidade, as respostas deveriam vir nas urnas (BITAR, 1996, p. 554).

Entretanto, atualmente, encontra-se no Brasil a fase de incorporação dos valores do devido processo legal na sua forma substantiva e da razoabilidade, que vêm sendo expandidos de forma promissora pela doutrina e jurisprudência, mesmo diante da timidez do texto constitucional, que poderia ter ido além, mas, de qualquer forma, contemplou as formas básicas que dão sustentação aos futuros avanços (CASTRO, 2006, p. 399 e ss.)

Desta forma, com o advento da CF/88 e a superação de diversos institutos clássicos positivistas e de aplicação exclusivamente pela lógica formal, o STF, atualmente, aplica a razoabilidade como forma de controle material para atos do poder público:

²² RE 47.588

[...] AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL QUE CONCEDE GRATIFICAÇÃO DE FERIAS (1/3 DA REMUNERAÇÃO) A SERVIDORES INATIVOS - VANTAGEM PECUNIARIA IRRAZOAVEL E DESTITUIDA DE CAUSA - LIMINAR DEFERIDA. - A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de ferias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do "substantive due process of law", como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1994)²³.

Percebe-se que houve um avanço, saindo da não aceitação da razoabilidade como argumento de controle dos atos do poder público, para o reconhecimento do devido processo legal substantivo e da razoabilidade. Porém, a aplicação jurisprudencial e desenvolvimento doutrinário do último instituto passam por uma fase nebulosa que causam alguns prejuízos, sendo que o atual estágio de utilização da razoabilidade no Brasil encontra alguns problemas e confusões que senão forem corrigidos, podem trazer diversos tipos de problemas.

O primeiro problema é a confusão quanto à terminologia, que tem dois pontos principais: a diferenciação com a proporcionalidade e a diferenciação com os sentidos laicos da palavra razoabilidade.

As diferenças entre razoabilidade e a proporcionalidade em sentido jurídico será estudada mais adiante, após as elucidações desta última, pois para melhor visualizar a distinção é necessário o estudo aprofundado sobre os dois institutos.

Já o sentido laico de razoabilidade é utilizado em diversos tipos de situações, esta elasticidade reflete também no mundo jurídico, podendo ser considerada um conceito amplo, um conceito específico ou indeterminado. Encontra-se razoabilidade como busca da justiça e, também, em conceitos como bom pai, etc. Portanto, é um conceito bastante difuso e utilizado (ATIENZA, 1987, p. 1), mas não pode ser confundido com o sentido jurídico como método de aplicação no controle dos atos do poder público ou para equilíbrio no conflito entre princípios.

[...] Aquele que se propõe analisar conceitos jurídicos tem que ter presente que nem sempre os termos utilizados no discurso jurídico guardam a mesma relação que possuem na linguagem laica. Assim, se um pai proíbe a seu filho que jogue futebol durante um ano, apenas porque este, acidentalmente, quebrara a vidraça do vizinho com uma bolada, é de se esperar que o castigo seja classificado pelo filho - ou até mesmo pelo vizinho ou por qualquer outra pessoa - como desproporcional. Poder-se-á dizer também que o pai não foi razoável ao prescrever o castigo. O mesmo raciocínio pode também valer no

²³ ADI 1158

âmbito jurídico, desde que ambos os termos sejam empregados no sentido laico. Mas, quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas [...] (SILVA, 2002, p. 3).

Desta forma, é importante sempre pontuar que se a utilização terminológica do termo razoabilidade está sendo utilizada como instituto jurídico, deve-se discorrer sobre os critérios utilizados e o sentido utilizado, sob pena, pela largueza do termo, ser confundido com outras situações.

O segundo problema é a natureza jurídica, a doutrina brasileira trata a razoabilidade como dever, princípio, regra, postulado, etc. Neste ponto, é interessante tratar das consequências trazidas da adoção de determinada classe jurídica dos institutos, porém, existem inúmeras formas de conceituação das naturezas jurídicas. Por exemplo, o termo princípio, pode ser utilizado em contraponto ao de regras (concepção de Alexy), mas também, pode ser utilizado como norte ou direção em determinadas atividades (em semelhança aos standards estadunidenses)²⁴. Nesta pesquisa, não havendo espaço para a profundidade do assunto, tratar-se-á da razoabilidade, não pela classificação da natureza jurídica, mas como um método de aplicação.

O terceiro problema e o mais relevante de todos é a utilização “curinga” da razoabilidade que é colocada inúmeras vezes sem fundamentação e sem previsibilidade dos critérios para controlar atos do poder público e balancear princípios. Isto é, uma das grandes características do critério de razoabilidade é estar apto a dirimir diversos tipos de conflitos, não sendo um conceito estanque, mas um conceito fluido, porém, não é por isso, que é dispensada a devida fundamentação do sentido do uso e dos elementos utilizados para o ato final.

Utilizando-se da expansividade do razoável, diversas decisões vêm empregando um meio perigoso, que em vez de combater a arbitrariedade, a legitimam com base na razoabilidade. Silva (2002, p. 5) aponta a utilização pelo Supremo Tribunal Federal de uma metódica distorcida da proporcionalidade, em confusão com a razoabilidade, baseada em três etapas: a) a constituição prevê a razoabilidade²⁵ ou proporcionalidade; b) o ato não se adequa a tal exigência; c) o ato é inconstitucional.

²⁴ Para maiores aprofundamentos conferir, principalmente: Silva, 2002 e Ávila, 2006.

²⁵ No texto original, não tem o termo razoabilidade, mas a metódica do STF empregada trata, sem distinção, razoabilidade e proporcionalidade, trazidas inclusive no exemplo dado pelo autor. Desta

De modo a demonstrar esta diversidade de aplicação da razoabilidade, pode-se constatar que o número de referências achadas em buscas do site do STF²⁶ vai decaindo de acordo com os critérios apresentados sobre a razoabilidade, que se for apresentada como método de aplicação deve considerar:

- se utilizado o termo “razoabilidade” como parâmetro de pesquisa encontram-se 855 resultados, mas tal termo pode ser utilizado em diversos contextos e com várias significações.

- se utilizado o termo “princípio da razoabilidade” encontra-se 264 resultados, porém muitos deles são relacionados com diversas formas de irrazoabilidade em sentido lato ou como sinônimo de proporcionalidade.

- se utilizado os termos “razoabilidade e devido processo legal não proporcionalidade” encontra-se 31 julgados e, se utilizado “razoabilidade e devido processo legal e meios e fins” encontra-se 1 resultado.

Tais números demonstram que na medida em que se exigem a existência de etapas de verificação da razoabilidade como parâmetros da pesquisa, o número de resultados cai, assim, constata-se que apesar de aceita no ordenamento jurídico não existe para a razoabilidade uma definição dos critérios que devem ser utilizados para sua aplicação.

Como citado, existem diversas visões sobre a razoabilidade, desde os tipos de controle pela Suprema Corte dos EUA e formas de aplicação para além da lógica formal. Todos estes meios utilizam-se do razoável, a partir da exposição das justificações em uma argumentação racional, seguindo critérios que permitem um controle sobre a decisão e aumentando a previsibilidade.

Por exemplo, no controle da razoabilidade pelo teste de racionalidade utilizado no direito estadunidense, é necessário argumentar em dois pontos: o fim legítimo do Estado e os meios aptos à persecução deste fim. Os julgadores para decidir pela irrazoabilidade devem demonstrar, argumentativamente, que o ato não tinha um fim legítimo ou que os meios utilizados não estavam logicamente ligados ao fim. Ao deliberar sobre as etapas, o julgador se compromete com seus argumentos e os expõe às contra-argumentações, dando margem para o controle de sua decisão ou atraindo mais adesão ao seu pensamento.

forma, é possível concluir que os critérios são utilizados tanto para proporcionalidade quanto para razoabilidade.

²⁶ As buscas foram realizadas no site do Supremo Tribunal Federal no dia 05 de junho de 2015.

Portanto, a adoção de métodos de aplicação aumenta a previsibilidade e a deliberação sobre os fundamentos da decisão tornando-as consistentes e controláveis, dando transparência a possíveis arbitrariedades e abrindo espaço para contra-argumentos.

A pesquisa realizada por Costa (2008a) busca demonstrar a atuação do Supremo Tribunal Federal quanto à utilização da razoabilidade no século XX e traz algumas conclusões esclarecedoras, começando pela constatação que, infelizmente, o STF não está seguindo pelo caminho da elaboração do controle consistente da razoabilidade, já que ela vem sendo utilizada sem a argumentação necessária, muitas vezes reduzida a uma exigência geral de justiça e sem a definição dos valores que, necessariamente, precisam ser avaliados. (COSTA, 2008a, p. 314)

Neste mesmo sentido:

[...] Há, de fato, nesse teste de constitucionalidade, uma verificação da (a) legitimidade dos fins estatais almejados, que são posteriormente (b) comparados com os meios (adequação), mas com uma utilização prática muitíssimo mais reduzida do que a nossa doutrina pretende emprestar ao teste. No Brasil, essa forma de verificação de constitucionalidade foi importada (a) sem a sua clara estrutura de aplicação e (b) foi estendido para permear com o valor justiça todo o ordenamento. Isso fez com que o recurso a reasonableness em nosso ordenamento, por não possuir uma estrutura de aplicação determinada, seja isoladamente utilizado (a) sempre que haja uma necessidade de verificação de adequação entre meio e fim, ou (b) isoladamente, como argumento para proibir injustiças, de tal modo que não são encontrados critérios claros para controlar-se racionalmente sua utilização [...] (CAVALLI, 2005, p. 8).

Ainda, no controle dos atos administrativos e judiciais existe uma maior intensidade de intervenção analisando meios e fins, mas as fundamentações são rarefeitas, deixando o STF de argumentar sobre os valores que foram determinantes para o julgamento, enquanto, nos atos legislativos, ainda existe uma maior deferência à escolha do legislador (COSTA, 2008a, p. 316-317)

[...] Essa indefinição sobre o conteúdo do princípio da razoabilidade tem levado a algumas utilizações inadequadas, que reduzem esse princípio a uma exigência geral e abstrata de razoabilidade ou justiça. Essa concepção tende a desnaturar o próprio princípio, que perde a possibilidade de funcionar como um requisito de validade dos atos estatais na medida em que tem o seu campo de aplicação excessivamente ampliado (por ser aplicável a todo e qualquer ato jurídico) e o seu conteúdo rarefeito (por causa da sua generalização e abstração)

O desenvolvimento de uma teoria consistente sobre o princípio da razoabilidade passa por uma definição dos seus contornos, reservando-lhe um conteúdo limitado mas preciso, e por uma delimitação do seu âmbito de aplicação. Além disso, é necessário enfrentar adequadamente o delicado problema de definir quais são os valores que podem ser utilizados pela Corte como parâmetro para o controle de razoabilidade. Nenhuma dessas questões foi enfrentada devidamente na jurisprudência do Supremo, nem mesmo pelos

ministros que mais se têm esforçado para a consolidação do princípio da razoabilidade como um topos jurídico na argumentação ligada ao Direito Constitucional [...] (COSTA, 2008a, p. 314-315).

Para o desenvolvimento de um método de aplicação da razoabilidade é necessária uma mudança cultural dos julgadores brasileiros quanto à fundamentação de suas decisões, para que se aproximem da deliberação sobre os valores envolvidos no caso, buscando sedimentar entendimentos sólidos não só do resultado pela maioria, mas do acordo sobre os fundamentos utilizados, gerando consistência e calculabilidade daquela e das próximas decisões (COSTA, 2008a, p. 308-309).

Diante da dificuldade que o STF encontra em conseguir dar celeridade aos seus julgamentos e a elevada carga de processos que recebe, ainda, parece longe a possível definição concreta de parâmetros para o controle de razoabilidade (COSTA, 2008a, p. 304 e ss.).

Tal situação pode ser fatal, visto que a estigmatização da razoabilidade como curinga em tempos de críticas ao ativismo judicial, pode fazer que esta ferramenta tão versátil e essencial para uma sociedade plural, como a brasileira, seja afastada de modo definitivo.

Existe, ainda, muita exigência na definição do nome ou natureza jurídica do controle, mas este merece ficar em segundo plano, pois a prioridade deve ser para o estabelecimento “dos padrões - princípios, regras, valores etc. - que poderão ser utilizados como critérios a serem utilizados na aplicação da razoabilidade” (COSTA, 2008a, p. 310).

De qualquer forma, a razoabilidade está ainda em fase de desenvolvimento. Algumas vezes é baseada no devido processo legal, outras se aproxima da isonomia, mas nota-se que a tendência segue ao encontro da aproximação da proporcionalidade aos moldes germânicos (COSTA, 2008a, p. 312).

Logo, é aqui que merece mais uma demonstração da lição de Castro (2006, p. 233-234): não se pode ficar fixado nos “vocábulos, étimos e expressões que verbalizam o enunciado das leis”, pois citando Pontes de Miranda, “nada mais perigoso, em ciência, do que esse trocar de conteúdo mostrando-se no mesmo frasco. Não é o nome que importa, o que importa é a coisa”.

Portanto, é fundamental que, principalmente, o STF passe a estabelecer um entendimento sólido sobre a razoabilidade, podendo ser esquematizado em etapas ou adotando critérios racionais, mas não podendo faltar um nível elevado de

deliberação sobre os valores que serão requisitos para a razoabilidade. Sem esta atitude, não há balanceamento (aos moldes do EUA) e não há aplicação dos valores nas decisões com o controle da arbitrariedade pela argumentação (aos moldes da razoabilidade promovida pela argumentação), ou seja, não há razoabilidade, mas somente a possibilidade de utilizar-se de sua elasticidade para acobertar arbitrariedades sob o argumento do razoável.

2.3.1 Potencialidades da razoabilidade para precisão do equilíbrio das técnicas processuais

A primeira grande potencialidade do controle da razoabilidade é a sua capacidade de equilibrar valores incomensuráveis. Assim, poderão ser expostas aos seus testes, as situações de conflito entre aspectos da efetividade e da segurança jurídica, como por exemplo: a celeridade processual e o diferimento do direito de defesa (ampla defesa e contraditório); as regras para tutelas de urgência; regras para julgamentos de direitos evidentes, entre outros aspectos que devem ser balanceados.

Lembrando que para análise dos prós e contras, é necessário o levantamento dos interesses envolvidos, principalmente, através da participação das partes e a deliberação a respeito da decisão, desta forma, serão levantados os critérios objetivos que levaram a uma decisão objetiva.

A adoção de critérios e a avaliação do custo-benefício devem ser fundamentais, por exemplo, para a utilização do artigo 139, VI do NCPC quanto à dilação de prazos ou alteração da ordem de produção de provas. Explicar os fins ou valores que pretende atingir, os fatos do caso concreto que pedem tal modificação e a justificação para determinar o tamanho da dilação do prazo e a ordem que será seguida na produção das provas parecem fundamentais para dar caráter racional e controlável para a decisão baseada nesta abertura dada pela norma.

Outra característica da razoabilidade é a sua elasticidade como critério de avaliação, podendo ser aplicada a qualquer caso, porém não pode ser confundida como “conceito curinga”, sempre devendo ser baseada em critérios preliminares, verificando os abusos ou insuficiências a partir do levantamento prático dos interesses envolvidos e aplicadas por decisões fundamentadas.

Agindo assim, existe o fomento da aceitabilidade, podendo ser parâmetro para o controle das cláusulas gerais executivas, da flexibilização dos procedimentos, da instrumentalidade das formas, etc.

O afastamento da univocidade do sistema jurídico e da verdade formada pela lógica formal autoriza as decisões com verossimilhança (MARINONI, 2010, p. 35-36). Assim, as possibilidades de uso das tutelas de evidência e urgência, hoje pensadas como imprescindíveis para o sistema processual, devem ser argumentadas delineando as necessidades do caso em questão, as consequências que podem causar e os meios capazes de atingir o fim pretendido.

Caso haja uma decisão fundada na razoabilidade que não passa por estes procedimentos, dificilmente poderá ser controlada a arbitrariedade de tal ato, por mais razoável que ele seja. Um critério de aplicação à razoabilidade não pode ser simplesmente declarado, ele necessita ser justificado.

Também merece destaque o controle dado pela utilização das regras da coerência, coesão e da justiça formal, que são fundamentais para o cumprimento do artigo 926 do NCPC e para a construção de um sistema de precedentes que gere maiores possibilidades de controle da arbitrariedade.

Além de a razoabilidade depender deste tipo de atividade, a sua utilização promove a participação e, com isso, aumenta-se o controle do ativismo judicial, além da aceitação das partes e da sociedade, a respeito dos argumentos utilizados e dos resultados construídos.

Desta forma, a razoabilidade aparece no artigo 8º do NCPC como princípio que deve ser observado na aplicação do código, buscando os fins sociais e do bem comum, além da promoção da dignidade da pessoa humana.

Outro aspecto importante é o teste racional e a utilização do custo-benefício como critérios de legitimidade e atuações judiciais. Primeiramente, devem ser questionadas quanto a sua racionalidade, depois, devem ser compatíveis com mais benefícios que prejuízos. Estes dois aspectos citados podem ser utilizados para responder perguntas como as enumeradas abaixo:

i) Qual a conexão lógica do prazo em dobro para defesa e o para recurso dado a Fazenda Pública, com o fim de equilibrar as desigualdades entre as partes, sem ponderar o tamanho da instituição (que pode ser minúscula e se aproveitar do prazo dobrado; ou pode ser gigantesca e sofrer mesmo com o prazo em dobro)?

ii) Qual é o custo-benefício de extinguir um processo sem o julgamento do mérito por meras informalidades, se havia meios de um julgamento justo?

iii) Qual é o custo-benefício de aplicar uma súmula, súmula vinculante ou precedente, sem a devida argumentação justificando que o caso se encaixa no contexto dado pelos julgados que editaram tais parâmetros?

Estas e outras circunstâncias se postas a teste da razoabilidade, no mínimo, seriam rediscutidas ou extintas, assim como diversas situações que em conjunto com a isonomia podem ser revistas.

Todos estes e outros diversos potenciais da razoabilidade dependem, como já explicitado acima, da construção sólida da sistemática de aplicação. Caso não seja assim, a sua aplicação fica rarefeita com uma frágil legitimação.

Como exemplo de aplicação, pode-se citar um caso altamente complexo no sistema processual civil brasileiro, que é o sistema recursal, pois envolve toda uma teia de interesses, entre eles a efetividade e a segurança jurídica. Um caso resolvido pela razoabilidade pode demonstrar quão difícil é a sua aplicação sem critérios sedimentados.

O julgado de embargos de declaração, dentro de outro recurso de embargos de declaração em um agravo regimental em agravo de instrumento do STF (AI 265064), em 2002, utilizou a razoabilidade como parâmetro para afastar a inconstitucionalidade do antigo art. 544, § 1^o²⁷, do CPC de 1973, argumenta o Min. Carlos Veloso²⁸:

[...] No que toca ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade – CF, art. 5º, LIV, que teria sido ofendido pelo § 1º do art. 544, CPC, pelo que esta disposição processual seria inconstitucional, não tem procedência o alegado. A pretensão posta em Juízo sujeita-se a regras processuais, ou noutras palavras, posta a pretensão em Juízo, a decisão jurisdicional obtém-se mediante a satisfação de requisitos, regras e pressupostos processuais. Se a norma processual deixa expresso que o conhecimento de um certo recurso está condicionado à apresentação de determinados documentos – o que é do conhecimento das partes, que não podem alegar ignorância da lei – e se a parte não apresenta tal ou tais documentos, não terá ela conhecido o seu recurso, porque não cuidou de satisfazer, a tempo e modo, a regra

²⁷ A redação do art. 544, § 1º do CPC foi alterada pela Lei 12.322, de 2010. Sua antiga redação dispunha o seguinte: O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar, obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópia do acórdão recorrido, da petição de interposição do recurso denegado, das contrarrazões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.

²⁸ O ministro utiliza proporcionalidade e razoabilidade como sinônimas, porém o fundamento é o devido processo legal substantivo e a análise de conexão racional, o que demonstra o acolhimento da influência estadunidense. A diferenciação entre a razoabilidade e proporcionalidade será discutida mais adiante.

processual. Não há invocar, nessa hipótese, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade – CF, art. 5º, LIV – mesmo porque a conduta exigida da parte – no caso, pelo art. 544, § 1º, CPC – é razoabilíssima: a instrução do recurso com documentos que estão à mão da parte, não se tratando de exigência difícil de ser atendida, que não guarda, de outro lado, relação de desproporcionalidade com a finalidade que se deseja alcançar [...]. Não há falar, portanto, que o citado § 1º do art. 544, CPC, seria ofensivo ao devido processo legal substantivo [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2002)²⁹.

Não há espaço aqui para discorrer sobre o conflituoso sistema recursal brasileiro, mas para quem não o conhece, ao menos de forma simplória, ficaria abismado pela rejeição de recurso por falta da mera formalidade de cópias de documentos. Contudo, como um sistema jurídico nega julgamento de mérito a um recurso com este fundamento e ainda alega razoabilidade?

Outro alguém, com mais vivência, já reconhece que o recurso é utilizado pelo menos em uma quarta oportunidade, com alta possibilidade de protelar um julgamento anterior, sendo um agravo de instrumento com agravo regimental com dois embargos de declaração, que após o julgamento citado, ainda há mais um recurso de embargos de declaração. Somente na etapa que o recurso transitou pelo STF ele perdurou de 20/10/1999 a 23/10/2002 buscando discutir a necessidade de apresentação de documentos para a análise de um recurso.

Verificando estes dados, ficam menos absurdos, os entraves colocados pelo legislador para o recebimento de recursos, porém ainda é muito fraco o argumento de negar a análise do mérito pela falta de mera cópia de documentos. Entretanto, o problema é muito mais profundo que isso, em nenhuma das decisões ou no desenvolvimento da legislação houve qualquer deliberação, levando a sério a fundamentação de todos os interesses envolvidos. Não houve análise profunda a respeito da razoabilidade, seja do critério utilizado para negar o recurso; seja do recurso em si; seja da possibilidade de interpor mais de quatro recursos em cadeia discutindo o seu recebimento; seja do sistema recursal; seja do confronto entre efetividade e segurança jurídica; seja do direito que merecia ser tutelado.

Enfim, a razoabilidade é uma ferramenta essencial para aplicação do direito no Estado Democrático de Direito, no entanto, se for citada apenas como fundamento, sem critérios definidos e sem a sua efetiva argumentação, não há qualquer potencial que sobreviva.

²⁹ AI 265064 AgR

3. PROPORCIONALIDADE

Para a proporcionalidade, as mesmas advertências sobre o caráter amplo da razoabilidade devem ser feitas, sendo que a sua análise ficará delimitada às duas perspectivas também focadas quanto aos objetivos, metódica de aplicação e, casos paradigmas julgados pelos tribunais constitucionais.

Outro critério de delimitação é a utilização da proporcionalidade com critérios definidos como forma de aplicação do direito, seja para controlar as decisões dos poderes públicos quando estas buscam o equilíbrio entre princípios, seja para elaboração de uma decisão que enseje a observação de princípios ou de normas abertas.

Sempre destacando que a metódica na aplicação não é defendida como garantia de justeza do conteúdo das decisões, mas como aumento de possibilidade de controle e desenvolvimento de uma fundamentação baseada em etapas predefinidas.

A primeira perspectiva é bastante conhecida e difundida pelo mundo, que é a utilização da proporcionalidade construída na jurisprudência alemã com a metódica bem definida em fases de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A segunda perspectiva é a proporcionalidade construída em um contexto diferente no Canadá, o que veio a causar algumas distinções importantes. A escolha da proporcionalidade canadense justifica-se por ser um referencial que foi adotado em diversos outros países e por trazer uma configuração que a aproxima da razoabilidade dos EUA com a proporcionalidade aos moldes da Alemanha.

Estas duas perspectivas foram escolhidas por representarem as duas bases mais destacadas e adaptadas para outros países. Apesar de existirem diversas outras formas de aplicações, não se distinguem de forma relevante dos requisitos elaborados nas concepções alemã e canadense.

Quanto à proporcionalidade como um todo, merece destaque a diversidade de países que a adotaram como método de expansão do constitucionalismo e da defesa dos direitos humanos (fundamentais), movimento este que teve impulso mundial após a Segunda Grande Guerra, e com ele, percebe-se a saída da proporcionalidade do âmbito alemão para outros países.

A migração da proporcionalidade alemã para diversos outros países é considerada uma das transplantações de sistemas constitucionais mais decorrentes do direito moderno e, conforme vai sendo instalada, sofre modificações para se adequar aos regimes jurídicos dos Estados que a incorporaram (BARAK, 2012, p. 180).

Assim, ao se espalhar pelo mundo, a proporcionalidade encontra diferentes sistemas jurídicos em sociedades essencialmente diversas da cultura alemã. Desta forma, ocorre um “transplante legal” que resultou em diferentes formações sistematizadas se afastando da clássica trilogia desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão (SILVA, 2013, p. 3), entretanto, as adaptações são inevitáveis diante das diversas distinções multiculturais dos países que realizam a sua importação.

Comparando ao tetralemma da filosofia indiana, a nova formatação da proporcionalidade vem se transformando na implantação em outros Estados, sendo composta de quatro elementos não necessariamente simultâneos: necessidade, adequação, ponderação e razoabilidade. Estas modificações se dão, principalmente, pelo nível de globalização dos direitos (em especial os direitos humanos) e as diversas diferenças culturais de cada país (SILVA, 2013, p. 3-4).

Todo este movimento mundial em prol da proporcionalidade pode ser justificado por motivos que serão mais bem explicados abaixo, mas se baseiam em um aspecto básico: a procedimentalização.

3.1 AS VANTAGENS DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO E A PROPORCIONALIDADE.

Assim como a superação da exclusividade da lógica formal ofereceu para a razoabilidade uma forma de controlar materialmente as decisões, o desenvolvimento de um procedimento bem definido trouxe para a proporcionalidade a capacidade de fornecer um método para exposição da argumentação de modo mais racional e objetivo, o que possibilita um maior controle, além da avaliação sobre a correção em uma segunda fase.

Os procedimentos como um todo se tornam interessantes, diante das novas necessidades da materialização dos direitos e da dificuldade de formalização da

legislação infraconstitucional do plano constitucional. Então a proceduralização³⁰ passa ser alternativa para dar legitimidade (formal e material) às decisões que buscam harmonizar direitos colidentes, baseados na proporcionalidade (GUERRA FILHO, 2007, p. 49-52). Por meio dela será possível uma aplicação em “que haja o maior atendimento possível de certos princípios, com a mínima desatenção dos demais” (GUERRA FILHO, 2007, 162)

[...] Tal aplicação, por seu turno, requer procedimentos institucionalizados e procedimentos (meramente) cognitivos, realizados no âmbito dos primeiros, onde se dá o confronto para discussões e decisões cuja racionalidade se pode aferir, na medida em que são objetivamente fundamentadas [...] (GUERRA FILHO, 2007, p. 162).

Assim, os “procedimentos institucionalizados” são as estruturas para propiciar controle das discussões e decisões realizadas nos “procedimentos cognitivos”.

Caso este procedimento institucionalizado seja elaborado como método racional no discurso argumentativo, ele então passará a pretender a objetividade e será “vinculado a noções como clareza, simplicidade e também evidência, que garantem as premissas, os raciocínios e as conclusões” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 572).

Assim, os procedimentos conseguiriam predefinir etapas onde a discussão de conteúdo deve argumentar obrigatoriamente, dando racionalidade e possibilidade de avaliação das várias fundamentações utilizadas para o mesmo caso na aplicação do direito e que superarão as mesmas fases procedimentais. Este aparato procedimental propicia legitimidade para as avaliações, mas não para o seu resultado, que dependerá dos procedimentos cognitivos (GUERRA FILHO, 2007, p. 101).

A fim de não entrar em áreas de discussões profundas que fugiriam dos objetivos propostos por esta pesquisa, os capítulos a seguir serão centrados nos procedimentos institucionalizados (estruturas formais que propiciam e direcionam as discussões) e não nos procedimentos cognitivos. Não que se entenda que estes últimos não são necessários, ao contrário, defende-se que um procedimento estruturado não é suficiente para legitimar decisões, mas é o caminho para liberar a análise de seu conteúdo material, que poderá ser analisada por diversos tipos de critérios substanciais³¹.

³⁰ Legitimidade pelo procedimento não só entendida pelo viés de Luhmann, mas também, possibilitando a legitimação pelo consenso de Habermas.

³¹ Como por exemplo: consenso (Habermas), integridade e coerência (Dworkin), etc.

Focando nos procedimentos estruturados, a proporcionalidade se espalhou pelo mundo por suas características de promover a abertura para adaptações a qualquer tipo de conflito e por oferecer um procedimento estruturado para argumentação. Sweet (2008, p. 73) afirma que a utilização da proporcionalidade é uma das marcas do constitucionalismo global e pode ser definido como o melhor método de julgamento de direitos fundamentais em conflito na atualidade, além de se espalhar por vários países europeus, da América Central e do Norte, também para África do Sul, Israel, Nova Zelândia, etc., além de cortes internacionais como a da União Europeia, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Organização Mundial do Comércio.

Atuar em conflitos e permitir “atribuir um significado diferente a um mesmo conjunto de normas, a depender da situação que são aplicadas” é o grande diferencial da proporcionalidade para as sociedades “hipermodernas” conciliando sistemas de validação lineares e sistêmicos (GUERRA FILHO, 2007, p. 261-262), abrindo espaço para conflitos diferentes e utilizando de procedimentalização para dar previsibilidade às decisões e direcionar o raciocínio argumentativo para caminhos relevantes e necessários.

Portanto, a proporcionalidade na medida em que abre espaço para incorporação de qualquer conflito em um procedimento aberto, fecha de outro lado, as portas para o subjetivismo nas decisões, pois se utiliza de procedimento que obriga o julgador a expor seus argumentos em uma rede de etapas onde já se espera uma fundamentação pertinente para superação dos subtestes.

A aplicação da proporcionalidade ou da técnica de ponderação não gera decisões “infalíveis”, pois sempre haverá preenchimento de conteúdos que, para sua avaliação, dependerá da análise da argumentação jurídica (CAMBI, 2011, p. 472). Ou seja, a aplicação dos métodos da proporcionalidade ajuda em pontos de legitimidade, mas não garantirá, por si só, a correção nas decisões judiciais. Não é uma “varinha mágica” que resolve todos os problemas de justificação (SWEET, 2008, p. 77), logo, paira a dúvida: Por que defender um procedimento que não é decisivo? Como a definição de uma metódica de aplicação pode ajudar, sendo ela insuficiente para legitimação ou validação da decisão final?

Ora, a procedimentalização é importante justamente para que o teste decisivo seja mais bem avaliado. Sem o procedimento institucionalizado não haverá organização ou necessidade de exposição de determinados motivos, o que impede

uma avaliação objetiva ou com critérios definidos, dando margem à discricionariedade. Este processo de definição de procedimento anterior à efetiva avaliação facilita e clarifica o processo decisório³².

A procedimentalização ou estrutura de argumentação antecipa como as partes irão defender seus argumentos, como vão apresentar seus contra-argumentos e como a decisão será estruturada pelos juízes. Estas facilidades são fundamentais para a atual fase do constitucionalismo contemporâneo, onde o direito necessita dar a possibilidade de interpretações flexíveis, onde não existem direitos absolutos e onde os tribunais constitucionais necessitam garantir a efetivação dos direitos fundamentais (SWEET, 2008, p. 88-91).

Mathews e Sweet (2011, p. 111-112) destacam quatro vantagens para o uso da proporcionalidade: a) oferecer uma resposta estrutural através de um processo claro a problemas de direitos constitucionais, que por si só, são relativos e necessitam ser equilibrados de diversas maneiras em situações diferentes; b) ajuda os tribunais a manter parâmetros flexíveis em relação aos mesmos direitos, ou seja, para cada situação pode ocorrer uma mudança na prevalência dos direitos julgados anteriormente, pois o contexto foi diferente e não porque houve uma mudança de ideologia dos tribunais; c) garante que o direito que será restringido, terá a menor restrição possível, requerendo que na decisão sejam analisadas alternativas diferentes; d) ajuda a garantir a credibilidade dos tribunais, demonstrando sua preocupação em legitimar suas decisões, além de ser um processo estruturado e de

³² Pode ser feita uma comparação com critérios avaliativos fixados em provas abertas (dissertações, por exemplo) de concurso público. É muito mais fácil para avaliar e, também, para controlar a correção da avaliação final, se antes da realização da prova, já existem definidos os requisitos, pontuações máximas para cada requisito, etc. O candidato da prova já sabe como será avaliado e que todos serão avaliados com os mesmos parâmetros. Desta forma, caso queira uma boa pontuação, irá utilizar todos seus argumentos para cumprir os requisitos, assim como, o avaliador já sabe sobre quais etapas terá que se debruçar na avaliação e quais requisitos o candidato deve cumprir.

Uma visualização fica mais facilitada da seguinte forma: no concurso público “X” a avaliação será feita pelo critério: “melhor argumentação sobre o assunto 1”, sendo que tal assunto pode ser abordado pelas perspectivas “a” e “b”. Na hora da prova o candidato se debruça sobre a perspectiva “a”, pois entende ser a mais relevante, no entanto o avaliador entende que a perspectiva “b” era mais relevante e lhe aplica uma nota baixa.

No concurso público “Y” a avaliação será feita pelo critério: “melhor argumentação sobre o assunto “1” na perspectiva “a””. Na hora da prova o candidato já tem a previsibilidade sobre o que deve argumentar e o faz da melhor forma possível. O avaliador aferirá, obrigatoriamente, somente a perspectiva “a” e, também, os melhores argumentos que o candidato poderia oferecer sobre ela, além de poder comparar pelo mesmo olhar outras avaliações. De qualquer forma, a avaliação ainda poderá ser contestada quanto ao seu conteúdo final, mas no próprio recurso será avaliada a decisão do avaliador, de acordo com o critério pré-definido, facilitando o processo avaliativo.

Neste exemplo, é possível visualizar como a procedimentalização fecha espaços para o subjetivismo, garantindo a sua importância mesmo sendo um processo de “legitimação parcial”.

fácil compreensão para profissionais do direito, o que ajuda na sua implementação em todas as escalas.

A fixação da estrutura também é importante por garantir: a) que quem realiza a decisão pense e exponha seus motivos de forma analítica, não pulando etapas que devem ser motivadas em seu tempo e lugar; b) a transparência da decisão que oferecerá, para quem quer verificá-la, meios de seguir os mesmos passos e conferir as razões utilizadas para justificar o posicionamento naquela etapa, melhorando a confiança e o espírito democrático; c) que as considerações utilizadas para a decisão sejam pensadas em seu próprio contexto, garantindo que os direitos serão pensados para aquela situação e não apenas seguindo modelos anteriores, que muitas vezes não poderiam ser adotados para aquela situação específica; d) o diálogo entre o judiciário e o legislador, pois quando já se sabe como será feita a estrutura das decisões judiciais que podem afastar determinada legislação, toda a fundamentação a respeito da legislação já é pensada para cumprir etapa por etapa do procedimento analítico posterior. Assim, os legisladores falam a mesma língua do judiciário, garantindo um melhor debate e uma melhor argumentação sobre os direitos constitucionais (BARAK, 2012, p. 460-467).

A transparência, a argumentação no caso concreto, a exposição de motivos de forma analítica e o diálogo entre os poderes do Estado são qualificações de extrema importância para a garantia, aplicação e efetivação dos direitos fundamentais, principalmente, quanto à aproximação entre o judiciário, executivo e legislativo que é um fator decisivo para a proteção dos direitos constitucionais:

[...] Não estamos mais lidando com dois monólogos separados ou com um diálogo entre participantes surdos. Em vez disso, nos deparamos com uma interação entre os diferentes ramos do governo, de tal forma que cada ramo está totalmente ciente e compreende, plenamente, as ações tomadas pelo outro. Dessa forma, cada ramo é encorajado a ser mais atencioso com o outro. Tudo isto é devido ao fato de que todos os três ramos operam de acordo com uma estrutura de um método normativo uniforme, bem reconhecido por cada ramo e comum para todos³³ [...] (BARAK, 2012, p. 466-467).

³³ We are no longer dealing with two separate monologues or with a dialogue between deaf participants. Rather, we come across an interaction between the different branches of government, such that each branch is fully aware of, and fully comprehends, the actions taken by the other. In that way, each branch is encouraged to be more considerate of the other. All this is due to the fact that all three branches operate according to the framework of a uniform normative method, well recognized by each branch and common to all (tradução livre).

Desta forma, a análise da proporcionalidade não resolve por si só os problemas de balanceamento de direitos, da intervenção estatal na restrição de direitos ou no papel do judiciário para efetivar direitos que o legislativo não fez, pois ela sempre irá necessitar de fundamentos materiais de avaliação dos direitos envolvidos, já que princípios e direitos não podem ser medidos de forma mecânica. Esta necessidade de outras operações pode parecer para os críticos que a proporcionalidade é apenas um plano de fundo para amenizar decisionismos, mas, por outro lado, não se pode esquecer que a proporcionalidade oferece o método mais estável em disponibilidade para que sejam realizadas as decisões onde haja conflito de direitos (MATHEWS; SWEET, 2011, p. 114).

Além destas características, a proporcionalidade possui um caráter de neutralidade que oferece ao mesmo tempo, a possibilidade de aplicação em qualquer tipo de conflito entre princípios ou interesses, assim como, a possibilidade de ser a estrutura que melhora a possibilidade de uma avaliação mais correta para qualquer teoria de caráter material que for utilizada para a decisão. Assim, a proporcionalidade não precisa ser o método final e legitimador, mas pode ser a coadjuvante que catalisa melhores resultados.

Neste sentido, Bonicio (2006, p. 211) traz a manifestação que a utilização da proporcionalidade deve ser proporcional. Assim, não é a utilização da proporcionalidade que é a garantia de justiça nas decisões, ainda será necessário um controle material da decisão. Porém, como já afirmado, a sua utilização se apresenta como facilitador para o controle final por abrir os pontos de argumentação de forma ordenada e previsível, que dentro do contexto processual pode ser fator decisivo.

[...] Nestes termos, longe de criar um perigoso subjetivismo, a análise da dimensão que o princípio da proporcionalidade ocupa na tutela constitucional do processo civil cuida de estabelecer um *caminho seguro* para a concretização de um processo “justo e equo”, pois permitirá resolver problemas complexos, ou mesmo preveni-los, mediante a eliminação de excessos de qualquer natureza [...] (BONICIO, 2006, p. 37-38).

Como este controle metodológico da proporcionalidade vem sendo utilizado no Brasil e como ele pode ser utilizado, tendo como base os controles existentes em outros países, é a próxima etapa da pesquisa.

3.2 PERSPECTIVA DESENVOLVIDA NA ALEMANHA

A proporcionalidade tem seu início na Prússia buscando o controle de decisões administrativas, dentro do contexto do Iluminismo e suas raízes do contrato social, onde o indivíduo abre mão da sua liberdade perante o Estado para conseguir viver melhor e com mais segurança. Portanto, não é toda a liberdade social que está na mão do Estado, mas apenas aquela liberdade necessária para que possa conduzir a paz social.

Assim, existe a possibilidade de atingir a proporcionalidade entre meios e fins através do direito natural, principalmente diante das regras do contrato social iluminista. Ora, se o Estado só pode interferir até o limite mínimo para garantir a paz para sociedade, todos os seus atos devem ter intervenções proporcionais para atingir tais fins.

Estas foram as principais e mais importantes contribuições para a evolução da proporcionalidade advindas de Carl Gottlieb Svarez, que não chegou a usar o termo proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) (BARAK, 2012, p. 178). Este termo aparece em 1802 e depois se torna princípio da proporcionalidade (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*) impedindo o poder de polícia ir além da necessidade e da exigência para assegurar a finalidade desejada (GUERRA FILHO, 2007, p. 59).

Na Prússia, nos séculos XVIII e XIX, o “*Rechtsstaat*” – uma espécie de Estado de Direito - subordinava inclusive o Kaiser prussiano, que mesmo dentro de um absolutismo, não se entendia como soberano absoluto, porém como o primeiro servo ao Estado prussiano. Assim, o direito administrativo - atividades estatais - era submetido à lei, que definiu, por exemplo, um poder de polícia limitado às “medidas necessárias” para alcançar um fim pretendido (COHEN-ELIYA; PORAT, 2010, p. 13-14).

O responsável por controlar as atividades do poder de polícia e institucionalizar as leis do “*Rechtsstaat*” quanto às atividades estatais era o Supremo Tribunal Administrativo Prussiano, que sempre buscou aplicar a proporcionalidade (nesta fase, ainda sem a análise tripartite) de modo formal e procurando um custo-benefício entre as restrições impostas pelo poder estatal e os direitos individuais dos cidadãos considerados como direitos naturais (COHEN-ELIYA; PORAT, 2010, p. 15-19).

Interessante anotar que a proporcionalidade foi desenvolvida dentro de um sistema de direito público (direito administrativo), buscando limitar o poder estatal em relação aos direitos político-econômicos individuais, combatendo fortemente uma onda reacionária contra o formalismo (*Freirechtschule*) procurando sempre uma melhor atuação administrativa por meio da análise de meios e fins, dentro da doutrina tradicional e não pautando na conflituosidade de interesses (COHEN-ELIYA; PORAT, 2010, p. 20).

Estas constatações são importantes porque os interesses a serem defendidos já haviam sido elencados – os direitos individuais contra a atuação estatal – assim, a análise da proporcionalidade surge em um contexto de defesa ao formalismo, restringindo os atos do poder público e através de um controle da atuação estatal que não poderia agir de forma desproporcional, assim protegia e promovia os interesses individuais.

Após a Segunda Guerra Mundial, a proporcionalidade começa a apresentar algumas alterações. A principal delas é a mudança do eixo administrativo para o direito constitucional, passando assim a ser considerado um princípio, com status fundamental e ficando autorizada a atuar não só promovendo direitos individuais, mas também, restringindo e limitando todos os direitos para que a desproporção não aconteça no âmbito jurídico (COHEN-ELIYA; PORAT, 2010, p. 32).

Também, ocorreu a implantação da análise tripartite (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), sendo as duas primeiras etapas em prestígio da lógica e da racionalidade empíricas, deixando a demonstração do “custo-benefício” apenas na última etapa (COHEN-ELIYA; PORAT, 2010, p. 33).

Logo, a proporcionalidade é baseada no raciocínio de que, para alcançar determinado fim, existem diversos meios e deve se buscar durante um conflito de interesses, aqueles meios mais necessários, adequados e proporcionais (maiores vantagens que desvantagens) (ÁVILA, 2006, p. 113-114).

Dois marcos históricos são apontados como referenciais na jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha. O primeiro é o “caso das farmácias” em 1958 (BVerfGE 7, 377), quando se colocou em pauta as regulamentações no exercício das profissões e a liberdade de escolha da profissão. Em uma análise mais profunda o que se chocou foi a liberdade do indivíduo (escolher em que trabalhar) vs. a necessidade de proteção da população (garantir que os profissionais estão devidamente aptos ao exercício de suas funções).

Importante apontar partes do julgamento que irão constar exatamente na utilização dos elementos (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) para que no caso concreto seja resolvido o conflito entre interesses constitucionais (sociais) relevantes.

[...] A liberdade de escolha da profissão pode ser restringida, se *necessário*, levando-se em consideração as medidas razoáveis consideradas *adequadas* ao bem comum. A proteção do direito fundamental se restringe a prevenir medidas inconstitucionais, assim consideradas por serem *excessivamente onerosas e não tragam resultados razoáveis* [...] (BVerfGE, 1958, grifos nossos).

Em outras passagens é afirmado que a restrição à liberdade de escolha da profissão somente será “limitada por interesses públicos mais importantes de exigência obrigatória”, sendo inevitável a interferência no direito fundamental, que deve ser realizada da forma menos restritiva (BVerfGE, 1958).

Por fim, é importante registrar uma última consideração, o julgado ainda define que o legislador somente pode restringir no mínimo necessário, sendo que a restrição somente pode ser aumentada, se for altamente comprovado que a primeira tentativa não é eficiente para inibir os riscos constitucionalmente eleitos como importantes para a comunidade (BVerfGE, 1958).

No caso em questão, foi consagrado o princípio dos três passos ou três níveis (*Drei-Stufigkeit*) para a aplicação da proporcionalidade. Durante toda a decisão de mérito do Tribunal Constitucional, são detalhadamente discutidos os níveis de restrição trazidos por um artigo de lei da Baviera (art. 3º, seção 1) que foi baseado para negar a abertura de uma farmácia. Utilizando-se da proporcionalidade, os níveis de restrição foram considerados inconstitucionais através da análise concreta da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Também em 1958, o caso Lüth afirma a supremacia constitucional, mesmo em caso de particulares, elevando os princípios em geral para a categoria superior de valores do sistema jurídico (GRIMM, 2007, p. 387) e aplicou a interpretação constitucional sobre o Código Civil, mais especificamente § 826 do BGB. No caso, Lüth lidera um boicote contra um filme dirigido por Veit Harlam, pois tal diretor foi um dos ícones nazistas na cinematografia. Respaldo no § 826 do BGB, Harlam e a distribuidora do filme processam Lüth, pois tal boicote iria contra a moral e a ordem pública, garantidas pelo Código Civil Alemão (BGB).

Após ser condenado nas primeiras instâncias, Lüth recorre ao Tribunal Constitucional que reforma a decisão do Tribunal Distrital de Hamburgo, considerando a prevalência da liberdade de expressão sobre a “moral” descrita no BGB. Neste caso, foi utilizada a ponderação de valores a respeito de conflitos de princípios e a liberdade de expressão saiu vencedora.

Com estes dois casos principais, a proporcionalidade desenvolvida pela Alemanha ganha status constitucional para dirimir conflitos, além de fortalecer uma metódica em três subprincípios: Adequação (*Geeignetheit*), Necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeitsprinzip*). Existem outras terminologias, mas a sistemática é mantida:

[...] O princípio da proporcionalidade vem sendo aplicado de maneira uniforme pelas cortes constitucionais de diversos países, em especial a alemã, como já se apontou, notadamente pela utilização de topos; entre variadas flutuações terminológicas, apontam-se: excessivo (*übermassig*); inadequado (*unangemessen*); necessariamente exigível (*erforderlich, unerlässlich, unbedingt notwendig*); proibição de excesso (*Übermassverbot*); adequação (*Geeignetheit*); exigibilidade (*Erforderlichkeit*); conformidade com o objetivo (*Zielkonformität*); prestabilidade para atingir um fim (*Zweckauglichkeit*); meio mais suave (*milderes Mittel*); grande margem de ação (*Handlungsspielraum*); proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*); correspondência (*Angemessenheit*); sopesamento (*Abwägung*) [...] (MESQUITA, 2007, p. 86).

A partir destes subprincípios a proporcionalidade segue uma estrutura definida, sendo que as três partes são independentes e devem ser utilizados em “uma ordem predefinida”. Esta independência e ordem, segundo Silva (2002, p. 7) deve ser rigorosamente seguida, pois os subprincípios são subsidiários, ou seja, a análise do conflito deve iniciar sempre pela adequação, caso não seja resolvido, então se passa para a necessidade, se ainda persistir a dúvida, chega-se à proporcionalidade em sentido estrito.

3.2.1 Adequação

Esclarecidas estas preliminares, passa-se então para a análise do funcionamento da metodologia, iniciando pelo subprincípio de adequação. Silva (2002, p. 8) aponta que um meio adequado, “não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um

objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”.

Portanto, estaria garantida a adequação, caso o meio escolhido esteja ao menos apto a promover, em certa quantia, determinado fim. Porém, parte da doutrina entende que a adequação não pode somente visar a simples análise de promoção, mas sim o melhor meio para atingir o fim pretendido, estudando-o quantitativamente, qualitativamente e probabilisticamente. Em resumo, procura-se aquele meio que atinge com mais intensidade, da melhor maneira possível e tem maior probabilidade de alcançar o fim pretendido (ÁVILA, 2006, p. 152-153).

[...] Se um meio M, adotado para promover o princípio P1, não é adequado a essa finalidade, mas obstruí a realização de P2, então não haverá custos quer para P1 ou P2 se M for omitido, mas haverá custos para P2 se M for adotado. Então, P1 e P2, tomados conjuntamente, podem ser realizados em um grau mais alto relativamente ao que é factualmente possível se M for abandonado. P1 e P2, quando considerados conjuntamente, proibem o uso de M [...]
(ALEXY, 2003, p. 136).

Assim, o entendimento de Alexy e Ávila, acima demonstrados, buscam sempre uma otimização no uso da proporcionalidade, não bastando a verificação se o fim busca, ao menos em partes, a realização do meio, mas o melhor meio. Para tomar posicionamento desta divergência é necessário observar algumas situações.

Por exemplo, se o meio buscar o fim, ele tem êxito no primeiro teste e é considerado positivo, se não busca o fim, ele é considerado negativo e, portanto, desproporcional em sentido amplo. Mas, se o meio buscar um fim de forma muito ampla ou parcial ele é considerado neutro e solicita uma complementação na sua análise (CLÉRICO, 2009, p. 40-41).

Dentro dos meios que promovem o fim (positivos) é possível outro teste, como: por que escolher um meio que promove com menos intensidade o fim (meio fraco), ao invés de escolher um meio que promove com mais intensidade (meio forte)? Todos estes aspectos devem ser justificados, a fim de obter um resultado mais preciso (CLÉRICO, 2009, p. 42).

Quando houver mais de um meio, os mais fortes podem ser definidos através de três categorias: i) qualitativos (melhor, pior ou igual); ii) quantitativos (mais, menos ou igual); iii) probabilidade (certo, incerto ou igual). Elas podem ser combinadas entre si e a escolha pelo meio mais forte, pode ser bastante difícil (CLÉRICO, 2009, p. 58). O tempo da análise também pode selecionar meios diferentes, já que as escolhas

podem ser anteriores às ações que pretendem promover o fim (atividade legislativa, por exemplo) ou posteriores (atividade judiciária) (CLÉRICO, 2009, p. 55).

Desta forma é necessário cuidado nas averiguações dos meios adequados, visto que a escolha nem sempre é fácil como parece, principalmente, porque deve se levar em conta os dados e informações disponíveis na época da escolha para que se possa averiguar se a seleção foi pelo meio mais forte ou um meio fraco.

A intervenção do judiciário também deve lembrar o caráter político envolvido, pois as decisões do legislativo são anteriores à medida e partem de representantes democraticamente estabelecidos. Assim, a avaliação não pode ser feita de forma rasa e sem fundamentação, desde a escolha pelo legislativo até o controle do judiciário é necessário o maior nível de levantamento de informações e justificações de modo a proporcionar a melhor escolha possível (CLÉRICO, 2009, p. 59 e ss.).

Apesar de a adequação parecer uma simples escolha racional, percebe-se que existem diversos pontos críticos, principalmente, no controle posterior pelo judiciário, aproximando-se da história do controle da razoabilidade no direito estadunidense sobre o nível de controle mínimo, intermediário ou rigoroso da razoabilidade, como foi apresentado no capítulo 2.

3.2.2 Necessidade

Quanto ao subprincípio da necessidade, este passa por duas fases: 1) deve examinar a igualdade dos meios adequados; 2) deve examinar quais meios promoveram o fim de forma menos gravosa. Na primeira fase são comparados os meios adequados e quais os seus efeitos, para que na segunda fase possam ser escolhidos aqueles meios que produziram efeitos menos gravosos e alcançariam igualmente o fim (ÁVILA, 2006, p. 122-123).

Ou seja, a necessidade analisa a ocorrência de meios alternativos para se chegar a um fim. Quando forem igualmente adequados, porém algum deles for menos gravoso, deve-se adotar este último, mas nesta escolha deve-se observar se o meio escolhido, apesar de menos gravoso e igualmente adequado, quando utilizado, não afeta outro fim não analisado na primeira escolha (ALEXY, 2003, p. 136).

Dada a natural relatividade do princípio, a doutrina tenta acrescentar outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: a) a *necessidade*

material, pois o meio deve ser o mais “poupado” possível quanto à limitação dos direitos fundamentais: *b) a exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; *c) a exigibilidade temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; *d) a exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados. Em geral, não se discute a adopção da medida (*necessidade absoluta*), mas sim, a *necessidade relativa*, ou seja, como é que o legislador poderia ter adoptado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos (CANOTILHO, 1993, p. 383).

A busca por meios menos gravosos poderia durar uma eternidade, então algumas limitações foram colocadas pelo tribunal constitucional alemão, principalmente, na análise posterior feita pelo judiciário. A busca de meios alternativos, igualmente adequados e menos gravosos, deve ser feita dentro dos meios encontrados na definição do legislador e dentre aqueles apontados pelos especialistas no assunto, porém esta busca pode ser ampliada de acordo com a “importância ou intensidade do direito fundamental restringido” (CLÉRICO, 2009, p. 105-106).

Desta forma, existe um ditame principal: a escolha do poder público não será considerada proporcional se existir ao menos outro meio equiparadamente adequado que consiga alcançar os fins almejados com menos restrições a outros direitos fundamentais (CLÉRICO, 2009, p. 114).

Porém, abstratamente a escolha da necessidade é bastante simples, os problemas começam a aparecer quando o meio menos gravoso não alcança inteiramente o fim, sendo que outro meio mais grave tem a capacidade de obter melhores resultados. Qual deles escolher? (ÁVILA, 2006, p. 124).

3.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Na última fase atua o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”, ou melhor, analisa se a realização do fim realmente justifica a restrição que ocasionará ao princípio (ÁVILA, 2006, p. 133).

Será analisada a carga coativa da intervenção: avaliando a medida ou desmedida para o alcance do fim; sopesando as vantagens e desvantagens dos meios

e os benefícios que serão oportunizados pela concretização do fim (CANOTILHO, 1993, p. 383-384).

Logo, a proporcionalidade em sentido estrito foge do puro caráter entre meio e fim, passando a equilibrar o propósito e os danos causados pela limitação do direito (BARAK, 2012, p. 345).

Além deste caráter de ponderação de resultados práticos, Alexy (2003, p. 136) traz uma avaliação de nível abstrato em relação aos princípios colidentes, com a aplicação da sua lei de balanceamento (ponderação), onde primeiro verifica o grau de insatisfação ou restrição de um dos princípios; depois o grau de importância da satisfação do outro princípio e, por último, verifica se é justificável restringir o primeiro princípio para fazer prevalecer o segundo.

A proporcionalidade em sentido estrito ainda pode contar com um maior nível de racionalização ou refinamento se for apreciada conforme a fórmula de peso elaborada por Alexy (2008, p. 593 e ss.) que avalia com a distribuição de valores para os princípios envolvidos no conflito de maneira abstrata, o grau de interferência de um princípio sobre o outro (no caso concreto) e o nível de comprovação necessário para garantir que os meios resultarão nos fins desejados.

A fórmula de peso traria uma racionalidade “quase matemática” para a ponderação de princípios colidentes e, segundo Alexy (2012), apesar dela ser acusada de falta de bases racionais que possibilita a presença da subjetividade e não oferecer justificção para seus resultados, ela é uma “forma de argumentar” e tais formas “definem a estrutura lógica de mudanças em discussões formais e elas mostram como as diferentes mudanças estão conectadas uma com a outra”.

Outro aspecto importante a ser colocado quanto à proporcionalidade em sentido estrito é a utilização das “condições de precedências” para a formação da chamada “lei de colisão”, que pode ser sintetizada da seguinte forma: quando uma ponderação com determinadas condições estabelecer seus resultados, estes mesmos resultados deverão ser aplicados a casos futuros quando as mesmas condições precedentes ocorrerem (ALEXY, 2008, p. 94 e ss).

Neste mesmo sentido, Clérico (2009, p. 180 e ss.) defende que os resultados da ponderação sejam vinculados a uma rede de regras-resultados de modo a privilegiar a segurança jurídica e a previsibilidade, sempre tomando cuidado para evitar a petrificação das regras, mantendo a evolução dos fundamentos através da discussão sobre a justificção das decisões.

3.2.4 Legitimidade do objetivo

Na evolução da trilogia, um quarto teste vem sendo requerido pela doutrina alemã, o teste de legitimidade, pois nem todos os fins são legítimos por causa dos limites que podem ser justapostos à “liberdade de escolha pública” (SILVA, 2013, p. 6). Esta adição de legitimidade pode ser visualizada no seguinte julgado conhecido como “caso *cannabis*”:

[...]1 a) As restrições contidas no Artigo 2 parágrafo 1 da Lei Básica aplicam-se em relações às drogas. Não existe nenhum “direito de intoxicado” que não esteja sujeito a essas restrições.

b) A constitucionalidade das disposições penais do Ato sobre substâncias intoxicantes (Lei de Drogas), a qual impõe penalidades pelas relações ilegais com produtos da maconha, deve ser testada da seguinte maneira: A constitucionalidade das proibições sujeitas a sanções penais deve ser testada contra o Artigo 2 parágrafo 1; A constitucionalidade do risco de prisão deve ser testada contra o Artigo 2 parágrafo 2 inciso 2 da Lei Básica.

2 a) O princípio da proporcionalidade exige que o julgador forme uma opinião sobre se a escolha dos meios é capaz de alcançar o objetivo, e se as restrições colocadas sobre o direito foram reduzidas ao mínimo necessário. Neste contexto, é necessário formar uma opinião e fazer previsões sobre os perigos que ameaçam o indivíduo ou o público em geral. Ao fazer estes julgamentos, o legislador tem um grau de escolha, e o poder da Corte Federal Constitucional para rever estas decisões é limitado.

b) No equilíbrio entre o peso da restrição aos direitos individuais e a gravidade e urgência das considerações que são utilizadas para justificar a infração, o julgador precisa se manter nos limites que podem ser razoavelmente exigidos da pessoa que tem a proibição endereçada (proporcionalidade em sentido estrito). A aplicação deste teste pode levar à conclusão que o meio escolhido é capaz para alcançar o objetivo e é necessário para fazê-lo, não pode ser aplicado porque resulta em limitações a direitos individuais claramente superiores que a proteção a interesses legais que resultaram do meio, com o resultado da utilização deste meio em questões, seria desproporcional.

3. As disposições penais do Ato de Substâncias Intoxicantes (Lei de Drogas) impõem punições a comportamentos meramente preparatórios para o consumo de pequenas quantidades de Maconha e que não representam qualquer perigo a terceiros. Ao fazer isso, elas não são desproporcionais em sentido estrito, pois o legislador deixou aberto às autoridades responsáveis pela aplicação da lei, considerar a ilicitude limitada em casos individuais através da não aplicação de penalidades (art. 29 (5) Lei de Drogas) ou pela abstenção da denúncia (art. 153 e seguintes do Código de Processo Penal e art. 31a da Lei de Drogas). Nestes casos o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, como uma regra geral, exigindo das autoridades que aplicam a lei que se abstenham de processar as infrações listadas no art. 31a da Lei de Drogas.

4. O princípio da igualdade não requer que todas as drogas que são potencialmente prejudiciais na mesma medida, devam ser proibidas ou permitidas da mesma forma. O legislador pode regular as relações dos produtos da maconha diferentemente das relações do álcool ou da nicotina em violar a constituição [...] (BVerfGE, 1994)³⁴.

34 1. a) Für den Umgang mit Drogen gelten die Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG. Ein "Recht auf Rausch", das diesen Beschränkungen entzogen wäre, gibt es nicht.

Existe uma advertência que o teste de legitimidade somente pode ser decisivo em casos claros (expressamente proibidos pela Constituição), pois em casos mais complexos (exceções admitidas pela Constituição) será necessário realizar a ponderação e, conseqüentemente, o teste de proporcionalidade completo (CLÉRICO, 2009, p. 85-86).

3.2.5 Diferenciação terminológica

Antes que se iniciem as proposições de aplicação da proporcionalidade no Canadá, é necessária uma diferenciação entre proporcionalidade e a razoabilidade, que muitas vezes são abandonadas por parecer sem importância.

Primeiramente, é preciso ter bem definidas a aceção e a amplitude das palavras “razoável” e “proporcional”. É impossível prever um sistema democrático de direito que não exija aplicação do direito razoável e proporcional em sentido lato.

[...] O controle de razoabilidade, entendido como o controle da legitimidade das opções valorativas discricionárias dos agentes estatais, é o que

b) Die Strafvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes, die den unerlaubten Umgang mit Cannabisprodukten mit Strafe bedrohen, sind im strafbewehrten Verbot am Maßstab des Art. 2 Abs. 1, in der angedrohten Freiheitsentziehung an Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG zu messen.

2. a) Bei der vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geforderten Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung des erstrebten Zwecks sowie bei der in diesem Zusammenhang BVerfGE 90, 145 (145)BVerfGE 90, 145 (146)vorzunehmenden Einschätzung und Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren steht dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zu, welcher vom Bundesverfassungsgericht nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann.

b) Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe muß die Grenze der Zumutbarkeit für die Adressaten des Verbots gewahrt werden (Übermaßverbot oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne). Die Prüfung an diesem Maßstab kann dazu führen, daß ein an sich geeignetes und erforderliches Mittel des Rechtsgüterschutzes nicht angewandt werden darf, weil die davon ausgehenden Beeinträchtigungen der Grundrechte des Betroffenen den Zuwachs an Rechtsgüterschutz deutlich überwiegen, so daß der Einsatz des Schutzmittels als unangemessen erscheint.

3. Soweit die Strafvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes Verhaltensweisen mit Strafe bedrohen, die ausschließlich den gelegentlichen Eigenverbrauch geringer Mengen von Cannabisprodukten vorbereiten und nicht mit einer Fremdgefährdung verbunden sind, verstoßen sie deshalb nicht gegen das Übermaßverbot, weil der Gesetzgeber es den Strafverfolgungsorganen ermöglicht, durch das Absehen von Strafe (vgl. § 29 Abs. 5 BtMG) oder Strafverfolgung (vgl. §§ 153 ff StPO, § 31a BtMG) einem geringen individuellen Unrechts- und Schuldgehalt der Tat Rechnung zu tragen. In diesen Fällen werden die Strafverfolgungsorgane nach dem Übermaßverbot von der Verfolgung der in § 31a BtMG bezeichneten Straftaten grundsätzlich abzusehen haben.

4. Der Gleichheitssatz gebietet nicht, alle potentiell gleich schädlichen Drogen gleichermaßen zu verbieten oder zuzulassen. Der Gesetzgeber konnte ohne Verfassungsverstoß den Umgang mit Cannabisprodukten einerseits, mit Alkohol oder Nikotin andererseits unterschiedlich regeln (tradução livre a partir da versão em inglês disponível em: <<http://www.iuscomp.org/gla/judgments/bverfg/v940309.htm>>).

poderíamos chamar de controle em sentido estrito. Mas, ao lado desse controle podemos identificar uma exigência genérica de que todos os atos estatais sejam justos, o que implica que sejam razoáveis e proporcionais [...] (COSTA, 2008, p. 47).

Outra coisa bem diferente é a utilização de um conceito jurídico determinado como método de aplicação para qualificar um ato do poder público como razoável ou proporcional. Este conceito jurídico determinado, que exige para sua formação a constituição de critérios que aprovam ou não o ato em um determinado teste (método), deve ser elaborado anteriormente, para que se possa então, poder qualificar de acordo com regras predefinidas.

Portanto, tem-se utilizado razoabilidade e proporcionalidade para três naturezas diferentes: 1) dever geral de razoabilidade e proporcionalidade (não devem ocorrer decisões irrazoáveis ou desproporcionais); 2) critério de legitimidade ou justiça dos atos do poder público (se não for razoável ou proporcional diante de determinados critérios, não pode ser considerado justo ou legítimo); 3) método de aplicação do direito (principalmente em conflitos de princípios) que busca dar à argumentação jurídica um caráter razoável ou proporcional como forma de adequar a norma ao caso em questão e que não se dê com irracionalidade e/ou arbitrariedade.

Se a razoabilidade ou a proporcionalidade continuarem a ser confundidas e utilizadas como busca da justiça ou bom senso ou em confusão de uma com a outra, existe o perigo de se passar a utilizá-las como princípios curingas para acobertar atos discricionários, ou então, deixá-las de lado como um teste raso que não ajuda a delimitar a melhor atuação possível na aplicação jurídica.

Por outro lado, existem algumas diferenças pontuais nos métodos de aplicação da razoabilidade praticada nos EUA e da proporcionalidade vista em três fases:

a) Origem histórica

A razoabilidade tomada como extrema irrazoabilidade vem da Inglaterra a partir do *Wednesbury test* e os testes mais conhecidos do devido processo legal substantivo são praticados nos Estados Unidos, sendo que no caso específico do balanceamento, a origem vem de uma política anti-formalismo no direito privado.

A proporcionalidade originou-se na Prússia e se desenvolveu na Alemanha a partir da atuação do Tribunal Constitucional, sendo montado a partir de uma política de formalismo no direito público.

b) Função

Enquanto a razoabilidade veio evitar que o excesso de defesa aos direitos individuais impedisse limitações em prol de fins públicos (evitar o ativismo judicial), a proporcionalidade evita que o Estado interfira de modo a corroer os direitos individuais (evitar o avanço do Estado sobre o indivíduo).

c) Utilidade

Enquanto a razoabilidade busca compatibilizar valores incomensuráveis balanceando interesses (elencar interesses mais valiosos e depois exigir atenção na relativização) podendo atuar em contextos abstratos buscando levantar os elementos que são necessários para avaliação.

A proporcionalidade busca comparar meios compatíveis de modo a optar pelo mais adequado, menos gravoso e mais proporcional entre eles para a promoção de um fim, que está contextualizado em um conflito de direitos e não de interesses (garantir que os direitos sejam relativizados de maneira proporcional).

Ela não consegue atuar em contextos abstratos, somente em casos concretos onde já foram levantados os interesses e a medida adotada, os quais interferiram de alguma forma nos direitos que chegam para serem analisados pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

d) Metodologia

A razoabilidade e a proporcionalidade encontram-se em etapas da metódica. Os testes de adequação e necessidade são facilmente identificáveis nos testes de racionalidade (controle mínimo) e no controle intermediário e rigoroso. Quanto à etapa de balanceamento e proporcionalidade em sentido estrito também são as mais próximas, tanto que vários autores defendem que a razoabilidade se encontra dentro do teste de proporcionalidade nesta última etapa.

Porém, uma análise mais profunda demonstra que os testes, apesar de terem suas etapas com objetivos semelhantes, a ideia é realocada em fins diferentes, e isso, transforma todo o processo.

[...] Em primeiro lugar, o due process contém uma exigência básica de adequação entre meios e fins que corresponde ao primeiro subprincípio da proporcionalidade. Quanto ao subprincípio da necessidade, o due process apresenta-se bipartido. O teste de racionalidade mínima exige apenas a adequação, sendo um critério mais limitado que o subprincípio da necessidade. Todavia, o strict scrutiny estabelece a exigência de um compelling public interest, que funciona como um critério mais restrito que a exigência de necessidade [...]

Já a exigência norte-americana de que os fins da norma sejam legítimos parece ter seu correspondente no sub princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Percebe-se, aqui, a grande diferença de enfoque entre a teoria

alemã e a americana. Enquanto esta centra-se em questões primordialmente políticas, com a busca de um equilíbrio de interesses que possa garantir a legitimidade das decisões, aquela manifesta preocupações semelhantes por meio de uma linguagem de teoria dos sistemas, buscando um equilíbrio de valores jurídicos — não de interesses políticos — que garanta a consistência do sistema jurídico, mais que a sua representatividade. Enquanto a aceitabilidade de uma restrição, para a Suprema Corte, está vinculada à sua adequação aos valores previstos na constituição porque dominantes na sociedade, parece que a principal preocupação do BVerfG é a manutenção da harmonia intra-sistêmica [...] (COSTA, 2008, p. 166-167).

Portanto, pode-se dizer que a razoabilidade atua no conflito vertical dos princípios, devendo harmonizar o interesse geral com o específico, fazendo com que a medida utilizada para determinada situação seja observada como critério para outra medida equivalente, porém caso a situação seja diferente, os critérios e as medidas podem ser também diferenciados, ou seja, uma relação de critério e de medida (ÁVILA, 2006, p. 110-111).

Desta forma, razoabilidade tem objetivo diverso da proporcionalidade, porém sua análise prévia é elementar para a introdução dos métodos de aplicação da proporcionalidade, pois, conforme aponta Ávila (2006, p. 113-114), para o exame da razoabilidade se faz necessária a definição de um fim a ser perseguido. Sem a identificação concreta de um fim, não há como analisar os meios para concretizá-lo.

Se for a partir da razoabilidade que se chega ao conhecimento de um fim a ser perseguido, por meio do balanceamento de interesses em determinada situação, então sem o exame prévio desta não há como aplicar a proporcionalidade.

É na análise preliminar da razoabilidade que será apontada a necessidade de atuação, a medida a ser tomada e a quantidade desta medida. Fica a cargo da proporcionalidade verificar os meios que podem ser utilizados para alcançar a melhor forma daquilo que se desejava alcançar.

A identificação das diferenças e objetivos diversos entre razoabilidade e proporcionalidade é fundamental para o entendimento da perspectiva canadense, visto que consegue alcançar um nível de estruturação unindo, de certa forma, a razoabilidade e proporcionalidade em um controle só.

3.3 PERSPECTIVA DESENVOLVIDA NO CANADÁ

A primeira diferença da perspectiva canadense de controle da proporcionalidade é a previsão originária, enquanto na Alemanha foi desenvolvida

pela jurisprudência, no Canadá é prevista na “*Bill of Rights*” de 1960 sob o termo da razoabilidade:

[...] 1. A Carta Canadense de Direitos e Liberdades garante que os direitos e liberdades estabelecidas nela somente estarão sujeitos a limites razoáveis, estabelecidos em lei e que possam ser comprovadamente justificados em uma sociedade livre e democrática [...]³⁵ (CANADÁ, 1960).

Porém, quando julgado pela Suprema Corte o caso *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, foi adotada a sistemática trifásica da Alemanha com algumas mudanças, assim, tem-se no texto legal a razoabilidade e na aplicação a proporcionalidade.

No caso citado, ficou estabelecido o “*Oakes test*” (teste Oakes) que analisou a lei de narcóticos canadense no artigo 8º que autorizava a presunção do ônus da prova contrária ao réu no caso de posse de drogas, ou seja, era de ônus do réu provar que não estava traficando. Este artigo foi considerado inconstitucional por limitar a presunção da inocência de modo desproporcional dentro de uma sociedade livre e democrática.

Foram analisados a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da limitação ao direito de presunção de inocência, adicionando a necessidade de o objetivo pretendido pelo governo ser suficientemente importante para limitar o direito constitucional (COHEN-ELIYA; PORAT, 2010, p. 1-2).

[...] Dois critérios centrais devem ser satisfeitos para estabelecer aqueles limites razoáveis e comprovadamente justificados em uma sociedade livre e democrática. Primeiro, o objetivo colocado pelas medidas limitativas da Carta de direitos deve ser suficientemente importante para justificar a sobreposição de um direito ou liberdade constitucionalmente protegido. O teste deve ser rigoroso para assegurar que objetivos triviais ou destoantes dos princípios de uma sociedade livre e democrática não ganhem proteção. No mínimo, o objetivo deve dizer respeito a preocupações urgentes e substanciais em uma sociedade livre e democrática, para que possa ser caracterizado como suficientemente importante. Segundo, a parte demandada pela seção 1 precisa mostrar que os meios são razoáveis e comprovadamente justificáveis. Isso envolve o teste de proporcionalidade com três componentes importantes. Para começar, os meios devem ser justos e não arbitrários, cuidadosamente planejados, para atingir o objetivo em questão e racionalmente conectado com ele. Além disso, os meios precisam prejudicar o direito envolvido da menor forma possível. Finalmente, deve haver proporcionalidade entre os efeitos da medida limitativa e o objetivo, quanto mais sérios forem os efeitos prejudiciais do meio, mais importante deve ser o objetivo [...]³⁶ (SUPREME COURT OF CANADA, 1986).

³⁵ 1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society (tradução livre).

³⁶ Two central criteria must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the objective to be served by the measures limiting a Charter

Esta necessidade de o objetivo ser importante se aproxima em parte da doutrina alemã, conforme citado acima, que vem exigindo a adição de um quarto requisito para o uso da proporcionalidade, consubstanciado na legitimidade da restrição e, também, com as classificações de objetivos utilizados pelos controles racional, intermediário e rigoroso nos EUA.

Também é interessante a alteração da nomenclatura das fases adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito por conexão racional (*rational connection*), minimização dos prejuízos (*minimal impairment*) e proporcionalidade em geral (*general proportionality*) (PANACCIO, 2011, p. 111). Neste ponto se aproxima das nomenclaturas apontadas nos testes de razoabilidade aplicados nos EUA, o que já reflete uma proximidade com países da *common law* e das ideias do devido processo legal substantivo, além da adoção do termo razoabilidade no texto legal canadense.

Interessante anotar que durante o julgamento que destacou o teste Oakes, não há referência da proporcionalidade alemã, mesmo que as etapas sejam bastante semelhantes, o que pode representar o interesse da Suprema Corte de criar uma metodologia própria e focada nos desafios que a Carta de Direitos canadense oferece (SWEET, 2008, p. 117).

Além disso, a definição da Suprema Corte ao adotar a proporcionalidade na aplicação da limitação aos direitos constitucionais deu direcionamento para que os outros poderes, ao praticarem seus atos, já buscassem atender aos ditames da proporcionalidade. Isto é, as etapas da metódica já passaram a ser justificadas previamente, pois se fosse alegada alguma infração por parte do Estado no futuro, os dados e fundamentos das autoridades já estariam prontos para serem apresentados ao Judiciário (SWEET, 2008, p. 118-121).

right must be sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. The standard must be high to ensure that trivial objectives or those discordant with the principles of a free and democratic society do not gain protection. At a minimum, an objective must relate to societal concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important. Second, the party invoking s. 1 must show the means to be reasonable and demonstrably justified. This involves a form of proportionality test involving three important components. To begin, the measures must be fair and not arbitrary, carefully designed to achieve the objective in question and rationally connected to that objective. In addition, the means should impair the right in question as little as possible. Lastly, there must be a proportionality between the effects of the limiting measure and the objective the more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be. (tradução livre)

De tal modo, o contorno dado pelo procedimento aumentou o diálogo e resolveu o problema sobre a análise feita em momento posterior pelo judiciário, pois possibilitou ao poder legislativo e executivo levantarem dados e justificações ao realizarem seus atos, pois se acusados de serem desproporcionais no futuro, podem apresentar ao judiciário sua argumentação de forma mais articulada.

Desta forma, existe a preocupação do poder público em demonstrar que a ação não foi tomada de forma arbitrária, ou no mínimo, que teve a preocupação em trazer justificativas para aquela atitude. Este tipo de movimento em prol da justificação, que pode ser um trunfo para deliberação entre os poderes, só foi possível pela previsibilidade dada pela Suprema Corte através da definição dos parâmetros de julgamento, os quais passam a ser estudados agora.

3.3.1 Mecânica de dois passos

A adoção da metódica chamada de “*Two-Step Balancing and Proportionality*”³⁷ requer um pré-teste para verificação da existência da própria limitação ou restrição para, depois, em um segundo passo, verificar se tal limitação é proporcional ou não.

[...] A estrutura elaborada é tida como um guia para que as decisões (de tribunais em geral) sejam desenvolvidas com uma metodologia de dois passos no processo decisional: o primeiro passo consiste em determinar se um direito garantido foi infringido ou limitado; e se a resposta desta primeira questão for positiva, o segundo passo consiste em determinar se a infração ou limitação é razoável ou justificável de acordo com o teste de proporcionalidade [...]”³⁸ (PANACCIO, 2011, p. 109).

A divisão da verificação em dois momentos tem vantagens quanto à distribuição do ônus da prova, que será lançado, no primeiro momento, para àquele que acusa que o direito foi restringido (devendo comprovar a restrição do direito) e, no segundo momento, passa a ser da autoridade que deverá comprovar que a limitação foi proporcional e, portanto, justificável. Assim, fica estabelecido quem apresentou de forma insuficiente a argumentação ou quem deve arcar com o ônus da

³⁷ Dois passos, balanceamento e proporcionalidade, tradução livre.

³⁸ This drafting structure is taken as a cue by decision-makers (courts, generally) to develop a two-step method of decision-making: the first step consists in determining whether a rights-provision has been infringed/limited; and if the answer to that first question is positive, the second step consists in determining whether the infringement/limit is reasonable or justified according to test of proportionality (tradução livre).

incerteza. Se quem acusa tiver seu direito restringido, não comprovar ou houver incerteza sobre a infração, a decisão será a favor da autoridade, assim como se a autoridade não comprovar ou restarem incertezas sobre a proporcionalidade da limitação, a decisão será em favor do demandante (PANACCIO, 2011, p. 120-122).

Esta dupla verificação pode ser visualizada no caso R vs. Oakes:

[...] Duas questões específicas são levantadas por este questionamento geral: (1) O art. 8 do Ato de Controle de Narcóticos viola a seção 11 (d) da Carta; e, (2) se viola, o art. 8 é um limite razoável previsto em lei que pode ser comprovadamente justificado em uma sociedade livre e democrática, conforme a seção 1 da Carta? Se a resposta para (1) é afirmativa e a resposta para (2) for negativa, então a arguição sobre a constitucionalidade deve ser respondida afirmativamente[...]³⁹ (SUPREME COURT OF CANADA, 1986).

Esta metodologia, além de definir o ônus da prova, traz dois importantes avanços: a) diante da dificuldade de se trabalhar com direitos fundamentais colidentes, é fundamental estabelecer, através de um raciocínio prático, quais são os pontos negativos e positivos das ações estatais, deliberando se o custo-benefício da atuação justifica a intervenção causada ao direito; b) a justificação fornecida através dos dois passos gera uma melhor visualização do raciocínio utilizado para a tomada da decisão, facilitando o entendimento e controle das decisões praticadas pelas autoridades (PANACCIO, 2011, p. 127-128).

Portanto, no primeiro passo, o indivíduo que tem o ônus da prova, demonstra os pontos negativos da atuação da autoridade estatal que infringiu determinado direito. Caso realmente tenha ocorrido tal infração, o segundo passo, com ônus da prova para a autoridade, será demonstrado os pontos positivos da limitação, buscando justificar a proporcionalidade da medida, ou seja, apesar da limitação, esta atuação trouxe mais benefícios que prejuízos.

Esta etapa preliminar ajuda a delimitar os elementos, interesses e direitos envolvidos no conflito, tal demarcação é fundamental para a aplicação do método da proporcionalidade que não possui a capacidade de trabalhar com valores incomensuráveis, este movimento ajuda a trazer um grande repertório de justificativas e fundamentos, que serão basilares para a decisão final.

³⁹ Two specific questions are raised by this general question: (1) does s. 8 of the Narcotic Control Act violate s. 11(d) of the Charter; and, (2) if it does, is s. 8 a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purpose of s. 1 of the Charter? If the answer to (1) is affirmative and the answer to (2) negative, then the constitutional question must be answered in the affirmative (tradução livre).

Reconhecida a metodologia em dois passos, é importante passar pelas quatro fases do *Oakes test*.

3.3.2 Teste da importância suficiente do objetivo - *Sufficiently Important Objective*

No julgamento *R. vs Oakes* (SUPREME COURT OF CANADA, 1986) são dadas as coordenadas para que o objetivo seja considerado suficientemente importante para impor limitações a direitos e liberdades previstas na Constituição canadense, assim o objetivo deve estar ligado: a) aos valores de uma sociedade livre e democrática; b) à questões urgentes e substanciais; c) à realizações de metas coletivas de fundamental importância; d) ao âmbito do poder legislativo.

Este teste não tem causado grande impacto nas avaliações dos atos do poder público, visto que na maioria das vezes a Suprema Corte Canadense vem aprovando, sem grandes dificuldades, aqueles atos submetidos a tal exame (TRAKMAN; COLE-HAMILTON; GATIEN, 1998, p. 94 e ss).

Em comparação com o teste alemão da legitimidade do objetivo, aqui se exigem mais requisitos, enquanto na Alemanha um objetivo legítimo só precisa não ser contra a constituição, visto que nesta primeira etapa há um respeito à escolha do legislador e uma análise mais abstrata do objetivo, deixando os critérios mais rigorosos para a última fase do teste. Porém, o maior rigor do modelo canadense não trouxe muitos efeitos práticos, visto que a maioria dos casos passou nesta primeira fase (GRIMM, 2007, p. 387-388).

Esta severidade na primeira fase é justificável pela posição da Suprema Corte em dar uma proteção muito grande sobre os direitos fundamentais no Canadá, liberando sua limitação para objetivos extremamente relevantes (BARAK, 2012, p. 280-281), porém como já se afirmou os resultados práticos não refletiram a ideia programada.

3.3.3 Teste da conexão racional - *Rational connection*

Para verificar a racionalidade na ligação entre a medida tomada e o objetivo a ser alcançado são elencados três fatores negativos, ou seja, os meios não podem

ser arbitrários, injustos ou baseados em considerações irracionais (SUPREME COURT OF CANADA, 1986).

O problema é que a aplicação vem sendo utilizada de forma mecânica, sendo que o abandono de padrões normativos pode ser prejudicial ao teste Oakes, afinal os meios devem estar racionalmente ligados aos valores da Carta (TRAKMAN; COLE-HAMILTON; GATIEN, 1998, p. 99), sob pena de não ser possível verificar a sua arbitrariedade ou injustiças.

Outras questões fáticas podem pender nesta fase, por exemplo, sobre a probabilidade do meio atingir o fim, haverá necessidade de dados para comprovar uma falha neste sentido, assim como, o tempo de avaliação. O meio tem que ser avaliado com resultados imediatos ou futuros? (BARAK, 2012, p. 310-311). Daí a importância da comunicação entre os poderes para que os dados possam ser levantados desde o momento prévio da adoção da medida e justificados no momento da aplicação do método.

Deste modo, existem inúmeras variáveis a serem consideradas, porém se o meio não atinge o fim, seja agora, ou depois ou nem de forma parcial, então estará reprovado na conexão racional, o que pode ser visualizado no decorrer do julgamento R v. Oakes, com algumas passagens interessantes que merecem destaque:

[...] O Sr. Oakes está compelido pelo art. 8 a provar que não é culpado pelo crime de tráfico. Ele tem, portanto, negado o seu direito à presunção de inocência e sujeito potencial à pena de prisão perpétua, a não ser que consiga afastar a presunção (de ser traficante). Isso é radicalmente e fundamentalmente incoerente com os valores da dignidade da pessoa humana e da liberdade que nós defendemos, e está diretamente contrária à presunção da inocência inserida na seção 11(d). Voltemos agora para a seção 1 da Carta. [...]

[...] Os direitos e liberdades garantidos pela Carta, não são, entretanto, absolutos. Pode ser necessário limitar direitos e liberdades em circunstâncias onde os seus exercícios se tornem inimigos das realizações de metas coletivas de fundamental importância [...]

[...] Na minha opinião, a preocupação parlamentar em combater o tráfico de drogas pode ser caracterizada como substancial e urgente [...] O objetivo de proteger nossa sociedade dos graves males associados ao tráfico de drogas é, em minha visão, suficientemente importante para sobrepor um direito ou liberdade constitucionalmente protegido em determinados casos [...] Na minha visão, o art. 8 não sobrevive a este teste de conexão racional. Como Martin J.A conclui na Corte de Apelação, possuir uma pequena ou insignificante quantidade de narcóticos não dá suporte para configuração do tráfico. Em outras palavras, seria irracional inferir o dolo de traficar a uma pessoa com base na sua posse de uma pequena quantidade de drogas [...]

[...] Tendo concluído que o art. 8 não satisfaz este primeiro componente da proporcionalidade, é desnecessário considerar sobre os outros dois componentes⁴⁰[...] (SUPREME COURT OF CANADA, 1986).

Percebe-se no julgamento a preocupação de verificar quais serão as etapas perseguidas para a mecânica de dois passos, depois é pormenorizada no caso concreto a incidência de cada etapa do teste, sendo que a conclusão final foi: a inversão do ônus da prova no caso do tráfico de drogas restringe a presunção de inocência (ocorrência de limitação); que o objetivo de diminuir o tráfico de drogas é relevante e pode ser utilizado para restrições aos direitos constitucionais (legitimidade da restrição); que tentar restringir a presunção de inocência buscando combater o tráfico de drogas por meio da inversão do ônus da prova não era adequada aos fins pretendidos (falhou na *rational connection* – adequação da proporcionalidade) e assim, não houve necessidade de realizar os seguintes testes, os quais são apresentados adiante.

3.3.4 Teste do mínimo prejuízo - *Minimal impairment*

Esta etapa pode ser resumida na frase: Procurar ocasionar o mínimo de prejuízo possível. É esta fase que tem sido o grande centro das discussões na justificação das decisões da Suprema Corte canadense, sendo que, na comparação com outros meios menos gravosos, existe sempre uma preocupação em respeitar a vontade legislativa ou em dar uma margem de manobra para a escolha do legislador (TRAKMAN; COLE-HAMILTON; GATIEN, 1998, p. 102).

⁴⁰ [...]Mr. Oakes is compelled by s. 8 to prove he is not guilty of the offence of trafficking. He is thus denied his right to be presumed innocent and subjected to the potential penalty of life imprisonment unless he can rebut the presumption. This is radically and fundamentally inconsistent with the societal values of human dignity and liberty which we espouse, and is directly contrary to the presumption of innocence enshrined in s. 11(d). Let us turn now to s. 1 of the Charter. [...]

[...] The rights and freedoms guaranteed by the Charter are not, however, absolute. It may become necessary to limit rights and freedoms in circumstances where their exercise would be inimical to the realization of collective goals of fundamental importance. [...]

[...] In my opinion, Parliament's concern that drug trafficking be decreased can be characterized as substantial and pressing [...] The objective of protecting our society from the grave ills associated with drug trafficking, is, in my view, one of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom in certain cases. [...] In my view, s. 8 does not survive this rational connection test. As Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal concluded, possession of a small or negligible quantity of narcotics does not support the inference of trafficking. In other words, it would be irrational to infer that a person had an intent to traffic on the basis of his or her possession of a very small quantity of narcotics.[...]

[...] Having concluded that s. 8 does not satisfy this first component of proportionality, it is unnecessary to consider the other two components. (tradução livre)

Talvez a grande diferença prática entre o teste alemão e o canadense esteja neste ponto, visto que, é consideravelmente maior o número de reprovação nesta fase, no modelo canadense, em relação ao modelo da Alemanha. Entre algumas razões, uma decisiva: No Canadá, nesta fase, já é analisado se o meio promove inteiramente o fim, não deixando espaços para incertezas, coisa que no modelo alemão é deixado para a última fase. Esta modificação mais uma vez comprova que a corte canadense preza por somente deixar as limitações a direitos acontecerem, se o melhor meio for aplicado buscando um fim realmente importante e urgente (GRIMM, 2007, p. 390-391).

Porém, todo esse rigor teve um preço, a Suprema Corte acabou recuando na pressão exercida no segundo teste, causando algumas incertezas, o que gerou momentos de baixa ao teste Oakes.

Alguns meses depois da primeira aplicação do *Oakes test*, no julgamento R. v Edwards Books & Art (SCR 713, 1986), o nível de avaliação na aplicação do prejuízo mínimo foi abrandado. A rigorosa apreciação na aplicação das etapas que deram a esperança de fornecer uma forma de controle contra os atos do poder público e também um aumento no entendimento da justificação decisional sofreram um duro golpe. A amenização avaliativa na aplicação das etapas continuou sendo utilizada em outros julgamentos, porém o método implantando em R v. Oakes foi mantido e, ainda, é o centro jurisprudencial canadense nas limitações de direitos, de tal modo, que se espalhou como exemplo para o mundo (CHOUDHRY, 2006, p. 502-511 e 523), sendo adotada em países como Nova Zelândia, África do Sul e Israel.

3.3.5 Proporcionalidade ou balanceamento

Na última fase é verificado se os efeitos positivos trazidos pela limitação aos direitos são mais benéficos que as restrições causadas. (TRAKMAN; COLE-HAMILTON; GATIEN, 1998, p. 103). É um teste de custo-benefício.

Com intensidade do teste do mínimo prejuízo, a Corte Canadense dá menos importância a este último teste. Grimm (2007, p. 393-395) ressalta que este fato parece demonstrar que a Suprema Corte evita a fase de balanceamento para afastar argumentos políticos, visto que os testes deixam de ser avaliativos entre meios e fim,

passando a ser avaliados os efeitos da medida com os valores colocados na Constituição.

Os testes são feitos com visualizações diferentes, enquanto no Canadá é o custo-benefício – se tiver mais benefícios que prejuízos há a proporcionalidade. Na Alemanha é a justificativa – se o prejuízo que será causado for justificável existe proporcionalidade. A diferença fica em não avaliar os pesos dos direitos e sim, verificar a gravidade da restrição, desse modo, no Canadá, para evitar política, corre-se o risco de dar valor neutro a todos os direitos (GRIMM, 2007, p. 393-395).

Diante do desenvolvimento do teste Oakes, a falta de valores foi uma crítica apresentada em relação à aplicação mecânica sem materialidade normativa durante os quatro testes, o qual se subentendia que a análise desvalorizava os ditames constitucionais em prol da mecânica de aplicação. Porém, após o julgamento Egan vs. Canada (2 S.C.R. 513) em 1995, existe um retorno à aplicação de critérios normativos durante as fases do teste, que por um lado trouxe um avanço de qualidade ao julgamento, mas por outro lado, aumentou a imprevisibilidade sobre o teste Oakes, pois muitas vezes os critérios normativos passaram a possibilitar resultados mais deferentes, com significados mais abertos e entre outros aspectos acabaram fugindo do padrão de aplicação (TRAKMAN; COLE-HAMILTON; GATIEN, 1998, p. 103).

Portanto, se a Alemanha deixa ênfase para a última etapa e para a ponderação, correndo o risco de critérios normativos e políticos invadirem a análise, o Canadá preferiu tentar manter o teste mais mecânico possível para evitar tais situações. Tanto um modelo quanto o outro sofrem críticas, resta saber quais podem ser mais bem debatidas e quais prejuízos podem ser evitados.

3.4 ADOÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NO BRASIL E A URGÊNCIA POR UMA METÓDICA

O princípio da proporcionalidade não foi adotado explicitamente pela CF/88. Porém, pode ser desenvolvido de forma implícita do desdobramento do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF-88) (MENDES, 2001), “da própria estrutura dos direitos fundamentais” (SILVA, 2002, p. 13), do princípio do Estado de Direito (SARLET, 2011, p. 396), ou ainda, dos princípios da liberdade (ÁVILA, 2008, p. 3).

Também não foi adotada no texto constitucional brasileiro uma cláusula de limitação separada, da mesma forma feita pelo Canadá, porém, não se pode aceitar

que todos os direitos fundamentais previstos sejam absolutos, assim como, que as limitações não sejam realizadas de forma proporcional.

Por outro lado, a aplicação da proporcionalidade no Brasil, assim como aconteceu com a razoabilidade, não tem um padrão de aplicação, mesmo no STF, que em alguns casos este se utilizou da metódica baseada na trilogia alemã, mas sem ser adotada de forma a constituir um paradigma.

[...] Apesar de salientar a importância da proporcionalidade "para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais", o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. Na decisão, a passagem mencionada é a única a fazer referência à regra da proporcionalidade. Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados [...] (SILVA, 2002, p. 5).

A diversidade na utilização dificulta no levantamento de dados corretos e mais específicos sobre a prática da proporcionalidade pela jurisprudência. Esta diversificação pode ser percebida pelas buscas na jurisprudência no site do STF⁴¹:

- se utilizado o termo "proporcionalidade" como parâmetro de pesquisa encontra-se 873 resultados, porém "proporcionalidade" pode ser utilizada em diversas formas textuais com diversas significações e não somente para o princípio da proporcionalidade.

- se utilizado o termo "princípio da proporcionalidade" encontra-se 365 resultados, mas a maioria deles não condiz com a proporcionalidade realizada de forma metódica, e sim, como valoração proporcional em sentido lato, confundindo-se com razoabilidade e com o sentimento de algo desmedido.

- se utilizado o termo "proporcionalidade em sentido estrito" encontra-se 15 julgados e se utilizadas as expressões "adequação e necessidade e "proporcionalidade em sentido estrito"", encontram-se 8 resultados.

Esta diminuição no número de julgamentos, na medida em que se impõem os subtestes da proporcionalidade como parâmetros de pesquisa, demonstra que o princípio da proporcionalidade realizada aos moldes da jurisprudência estrangeira não foi pacificado no Brasil. Ou seja, não se criou um modo jurisprudencial de verificação da proporcionalidade à brasileira, mas encontra-se em alguns julgados que a aplicação da proporcionalidade foi feita de forma estruturada pelo STF.

⁴¹ Os dados foram colhidos no dia 05 de junho de 2015.

O julgamento do Recurso Extraordinário 603583 trata de uma arguição de inconstitucionalidade do exame realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, que autoriza o exercício da profissão de advogado. O reclamante João Antônio Volante, dentre outros argumentos, sustenta que o exame restringe a liberdade de escolha da profissão, sendo que o título de bacharel em Direito é condição suficiente para o exercício da advocacia. O relator foi acompanhado por todos os demais ministros presentes na votação, sendo que o recurso extraordinário foi desprovido e o exame da OAB foi considerado constitucional. Podem-se destacar algumas passagens do voto do relator, Ministro Marco Aurélio:

[...] o constituinte originário limitou as restrições à liberdade de ofício às exigências de qualificação profissional. Cabe indagar: por que assim o fez? Ora, precisamente porque o trabalho, além da dimensão subjetiva, também ostenta relevância que transcende os interesses do próprio indivíduo. [...]

[...] o risco é suportado pela coletividade, então cabe limitar o acesso à profissão e o respectivo exercício, exatamente em função do interesse coletivo. [...]

[...] No fundo, o principal argumento do recorrente é a desproporcionalidade da exigência contida no artigo 8º, inciso IV, da Lei nº 8.906/94. [...]

[...] O exame da Ordem serve perfeitamente ao propósito de avaliar se estão presentes as condições mínimas para o exercício escorreito da advocacia, almejando-se sempre oferecer à coletividade profissionais razoavelmente capacitados [...]

[...] Aplicando-o ao caso, consigno que o exame da Ordem atesta conhecimentos jurídicos, o que o faz congruente com o fim pretendido – o de proteger a sociedade dos riscos relativos à má operação do Direito. [...]

[...] À evidência, os meios devem ser razoavelmente equivalentes em eficácia, sob pena de inviabilizar-se a gestão pública, forçando a opção pelos meios menos gravosos e, na maior parte das vezes, menos eficazes. Nesse ponto, desfaz-se a argumentação do recorrente, porquanto a alegada fiscalização posterior à ocorrência do fato danoso mostra-se inequivocamente menos efetiva do que o escrutínio prévio. Com parâmetro de comparação díspares, impossível é a declaração de inconstitucionalidade por violação à proibição do excesso [...]

[...] o perigo de dano decorrente da prática da advocacia sem o exame de conhecimentos serve a justificar a restrição ao direito fundamental e geral à liberdade do exercício de profissão? Os benefícios provenientes da medida restritiva são superiores à ofensa à garantia do inciso XIII do artigo 5º da Carta? A resposta é positiva, por um conjunto de razões [...]

[...] Enfim, com essas ponderações e na esteira de pronunciamentos do Supremo, chego à conclusão de que o inciso IV do artigo 8º da Lei nº 8.906/94 é compatível com o princípio da proporcionalidade, porquanto fundado no interesse público consubstanciado na proteção da sociedade contra o exercício de profissão capaz de gerar graves danos à coletividade [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011)⁴².

Toda passagem citada no voto do Ministro Marco Aurélio é colocada em um tópico do julgamento total denominado de “Da proporcionalidade e compatibilidade

⁴² RE 603583

entre o exame de conhecimentos da ordem e a garantia constitucional do livre exercício profissional”.

Assim sendo, logo no início é verificado, mesmo que não seja de forma explícita, a legitimidade da restrição, para que depois seja analisada a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (nesta fase explicitamente citadas).

Também é verificado minuciosamente cada requisito de acordo com o caso em questão, o que facilita o entendimento da argumentação, sendo que não acontece o uso da proporcionalidade sem qualquer explicação específica.

Em outra votação, no Recurso Extraordinário 511961, o Ministro Gilmar Mendes foi relator do caso onde questionava a necessidade de diploma em nível superior para exercício da profissão de jornalista, a adequação foi utilizada como determinante para verificação que a medida restritiva não era proporcionalmente constitucional:

[...] No exame da proporcionalidade, o art. 4o, inciso V, do Decreto-Lei n.º 972/1969 não passa sequer no teste da adequação (Geeignetheit). É fácil perceber que a formação específica em curso de graduação em jornalismo não é meio idôneo para evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros. De forma extremamente distinta de profissões como a medicina ou a engenharia, por exemplo, o jornalismo não exige técnicas específicas que só podem ser aprendidas em uma faculdade. O exercício do jornalismo por pessoa inapta para tanto não tem o condão de, invariável e incondicionalmente, causar danos ou pelo menos risco de danos a terceiros. A consequência lógica, imediata e comum do jornalismo despreparado será a ausência de leitores e, dessa forma, a dificuldade de divulgação e de contratação pelos meios de comunicação, mas não o prejuízo direto a direitos, à vida, à saúde de terceiros [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009) ⁴³.

Também no caso da regulamentação da profissão de jornalista, a restrição não passou de legitimidade da restrição, já que foi considerado que o exercício da atividade não expõe a população a perigos irremediáveis.

[...] Nesse sentido, a profissão de jornalista, por não implicar riscos à saúde ou à vida dos cidadãos em geral, não poderia ser objeto de exigências quanto às condições de capacidade técnica para o seu exercício [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009) ⁴⁴.

Desta forma, é possível demonstrar que a proporcionalidade serviu como método de aplicação do direito em casos de conflitos de direitos espelhados por

⁴³ RE 511961

⁴⁴ RE 511961

princípios em duas situações similares (restrição da liberdade de exercício da profissão em prol da segurança da sociedade) que acabaram resultando em resultados diversos. Muitos podem não concordar com as justificativas oferecidas, mas só podem fazer isso porque as justificativas foram expostas, sendo que a sua visualização é facilitada pela estrutura do procedimento, que em cada etapa, exige que se argumente sobre critérios objetivos e previamente definidos pela metódica da proporcionalidade.

Entretanto, pelo número de citações de proporcionalidade e o número de citações que a proporcionalidade aparece com suas etapas, é possível verificar que não são maioria as decisões que seguem este procedimento e, a sua falta de uniformização causa diversos problemas, visto que o grande trunfo da proporcionalidade e o motivo de sua importação por diversos países é a possibilidade de compatibilização de valores diferenciados de forma controlável e que incentivem uma cultura de justificação.

A controlabilidade desta ponderação de valores, princípios ou direitos é mais intensa, na medida em que os tribunais passam a utilizar um método definido e recorrente. A metódica em etapas melhora a comunicação e o entendimento do público sobre os argumentos do julgador, assim, a decisão pode ser comparada com outras de casos diferentes, caso seja utilizado o mesmo método.

Não que a uniformização do uso da proporcionalidade e de sua metódica garantam decisões precisamente fundamentadas e/ou decisões mais justas, mas com absoluta certeza irão garantir a possibilidade de verificar: a) se a fundamentação foi utilizada; b) se o princípio da proporcionalidade foi efetivamente utilizado e não só nominado; c) qual o nível de argumentação utilizada dentro dos critérios estabelecidos nas etapas da proporcionalidade; e, d) a força dos argumentos apresentados para justificar a aprovação ou reprovação nas etapas definidas como necessárias para definir uma restrição como proporcional ou desproporcional.

Contudo, é comum na jurisprudência brasileira a utilização da proporcionalidade (ou razoabilidade) de qualquer modo e sem a devida argumentação do seu uso no caso concreto. Assim, determinadas decisões são realizadas de forma discricionária e maquiadas pelo uso da proporcionalidade, ferindo a segurança jurídica e colocando em risco a credibilidade e o potencial deste princípio.

[...] Ainda há que se rechaçar o entendimento daqueles que afastam a aplicação do aludido princípio ao argumento que o mesmo pode ser utilizado

como um instrumento apto a proporcionar a ditadura ou arbítrio do Poder Judiciário frente aos demais Poderes constituídos, uma vez que representa uma construção teórica bem elaborada justamente para possibilitar o controle sobre a discricionariedade dos atos estatais em geral, reprimendo o arbítrio ou capricho daqueles agentes públicos dotados de poder decisório. Eventual risco à segurança jurídica é excepcional e deve ser evitado por meio da aplicação ponderada e razoável do princípio, não tendo tal risco o condão de expurgar do cotidiano jurídico a aplicação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. Assim, sua aplicação deve ocorrer sem exageros. Isto porque o uso irrestrito do princípio constituiria uma verdadeira transposição dos limites impostos na Constituição Federal (LGL\1988\3) às funções do Poder Judiciário ao estabelecer a separação dos poderes. De outra feita, é indispensável compreender que a aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, como a de qualquer outro princípio, deve desempenhar a função interpretativa prévia à aplicação da lei. A partir dessa premissa, e considerando a busca incansável da tão almejada justiça material, permite-se que o julgador ultrapasse os limites de mero aplicador da lei, típico do Estado Liberal e do positivismo jurídico, adquirindo o papel (político) de participante ativo frente à inconstância do ordenamento jurídico. Ou seja, a correta aplicação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade permite ao julgador delimitar o sentido e o alcance da norma jurídica extraída de certo enunciado normativo [...] (GOMES; TAVEIRA, 2013, p. 24).

A baixa de credibilidade da proporcionalidade já foi verificada no Canadá pela diferença de aplicação quanto ao rigor na aprovação dos testes definidos na jurisprudência. Porém, neste país só foi possível esta verificação através da definição pela Suprema Corte do modo que seria utilizado o princípio da proporcionalidade, ficando a fiscalização da força dos argumentos facilitada. Já no caso do Brasil, não há nem esta possibilidade, visto que apesar de aceita pela jurisprudência do STF, ainda não foi “regulamentada”.

3.4.1 Potencialidades da proporcionalidade para o processo

A expansão da proporcionalidade pelo mundo demonstra a tendência da globalização de uma cultura de supremacia constitucional e defesa de direitos fundamentais. Uma das dificuldades desta expansão é conciliar diversos direitos em comunidades complexas e com culturas diferenciadas, tanto em nível entre Estados, como dentro dos próprios Estados.

A busca por um método que fosse neutro e desapegado a valores estanques, tornou a proporcionalidade uma esperança para diversos países em conseguir promover os direitos fundamentais diferenciados em um nível de equilíbrio e aceitabilidade entre a diversidade do público em questão. A proporcionalidade pode ser utilizada para verificação de restrições de um direito sobre o outro em diversas

perspectivas da atuação do poder público (seja do executivo, do legislativo e do judiciário).

Outro ponto positivo é que a proporcionalidade é dividida em etapas diferenciadas e desenvolvida a partir de métodos bem definidos e regrados, o que deixa livre o conteúdo da apreciação, mas restringe a forma de aplicação. Esta metódica garante um controle na sua aplicação, promovendo uma cultura de justificação e aumentando o nível de comunicação entre os poderes e entendimento do público em relação aos argumentos apresentados nas decisões.

Diante das necessidades do processo civil contemporâneo, tal ferramenta é de fundamental importância no desenvolvimento de um nível dinâmico (maleável, porém controlável) de segurança jurídica e de efetividade.

[...] O atual sistema tem o viés da abstração, superando as concepções liberais de segurança e certeza, para alcançar padrões valorativos voltados para a efetividade e justiça. O ponto nodal dessa mudança é a proporcionalidade aplicável às hipóteses em que o juiz se depara com conceitos vagos que o autorizam a ponderar valores em entrelaço normalmente pautado em juízo de probabilidade e não, de certeza [...] (MESQUITA, 2007, p. 304).

O uso da proporcionalidade para atuar como instrumento do juiz em momentos para distribuir o ônus do tempo proferindo uma tutela de evidência, parece fundamental para que a decisão tenha em sua fundamentação uma medida diretamente ligada ao objetivo menos prejudicial e com alto custo-benefício. Desta mesma forma, o seu uso compatibiliza os interesses para conceder uma tutela de urgência. A proporcionalidade pode fornecer um nível adequado de segurança jurídica, sem deixar de fortalecer a efetividade.

Porém, a proporcionalidade não pode ser idealizada somente como forma de “ponderação de valores” em decisões judiciais, ela pode tratar do processo como um todo buscando dar um equilíbrio também nas fases postulatórias, ordinatórias e instrutórias do processo, buscando oferecer uma tutela jurisdicional para os indivíduos, não somente pensando em Direitos, mas na vida real dos jurisdicionados (BONÍCIO, 2006, p. 21-22;42-45).

Agora, contextualizando para dentro da necessidade de criar um processo justo e dar interpretação ao Novo Código de Processo Civil, existem os chamados princípios informativos do processo, que podem ser divididos em lógico, jurídico, político e econômico:

[...] a) o *princípio lógico* (seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e de evitar o erro); b) o *princípio jurídico* (igualdade no processo e justiça na decisão); c) o *princípio político* (o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade); d) o *princípio econômico* (processo acessível a todos, com vista ao seu custo e a sua duração) [...] (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2010, p. 57).

Diante das qualidades apresentadas acima sobre a Proporcionalidade e os valores explicitados por tais princípios informativos, há de se concluir que a metodologia oferecida pela estrutura definida da aplicação da proporcionalidade é uma forma fundamental para conseguir concretizar meios eficazes, justiça, mínimo sacrifício e custo-benefício para o processo e a tutela jurisdicional.

[...] Em resumo, não constitui exagero algum afirmar que o princípio da proporcionalidade é também um princípio informativo do processo civil, isto porque é portador da esperança de um processo mais justo e equo, permitindo a visualização de eventuais distorções que o sistema processual possa apresentar e contribuindo, assim, para a solução de vários problemas deste sistema [...] (BONICIO, 2006, p. 46).

Se antes era necessário passar por todo o procedimento ordinário para que o juiz fosse liberado a julgar, em prestígio à segurança jurídica, com alto custo para a efetividade, a proporcionalidade é uma ferramenta essencial para que haja equilíbrio aos dois lados.

[...] O processo ordinário espanca, ou se presta a espancar, incertezas e não persegue aquilo que já se apresenta evidente, ou seja, seria uma inocuidade e verdadeiro atentado ao acesso à justiça adotar itinerário demorado e ritualizado em busca daquilo que resta evidente no limiar da causa deduzida em juízo.

[...] Tanto na tutela de segurança quanto na tutela de evidência o procedimento utilizado não é, na linha adotada neste estudo, “sumária”, mas adequada à necessidade ocorrente. Retirando-se a vinculação entre as diversas espécies de tutelas urgentes satisfativas daquele procedimento ordinário, resulta mais confortável o caminho para a definitividade desses provimentos.

[...] O princípio da proporcionalidade permite exatamente fazer definitivas as tutelas urgentes satisfativas, quando esgotem o interesse de agir e, quando não haja outra forma de afastar risco de perecimento, realizem o direito material parcial ou integralmente.

[...] A tutela adequada pondera a postecipação do contraditório e, por vezes, a desconsideração, desde que o risco iminente e vigoroso de perecimento do direito material exija a concessão urgente de provimento satisfativo [...] (MESQUITA, 2007, p. 317).

Nestas ponderações, onde ora a segurança cede, ora a efetividade cede, existem dois pontos principais que devem ser avaliados com a proporcionalidade: o diferimento do contraditório e a distribuição do ônus do tempo e da prova. A aplicabilidade prática destes institutos estará pautada pela verificação de uma

probabilidade adequada e, se as medidas adotadas forem justificadas pelas fases da proporcionalidade.

“Seria desproporcional que, diante de uma situação em que a probabilidade de o autor ter razão atingiu níveis satisfatórios, decidisse o juiz pela improcedência dos pedidos ante a ausência e certeza para julgar” (BONICIO, 2006, p. 83).

Como envolve todo o sistema processual, Bonício (2006, p. 45-47) entende a proporcionalidade como um princípio informativo do processo, ao lado dos princípios lógico, jurídico, político e econômico, visando “estabelecer mecanismos equilibrados e eficientes de realização da justiça, com um custo social e econômico mínimo, mas sem perder de vista os resultados que a atividade jurisdicional pode proporcionar”. Assim, oferecer a tutela jurisdicional sem observar seus preceitos é deixar de lado um “fator de legitimação da atividade jurisdicional”.

Na área da execução podem ser apontados os institutos da multa diária e a cláusula aberta das medidas executivas que, para suas aplicações, o uso de uma metodologia que busque proporcionalidade pode trazer inúmeros benefícios no equilíbrio entre a efetividade da tutela satisfativa e a segurança quanto ao dimensionamento do valor e periodicidade da multa, além de outros atos excessivos ou insuficientes na busca pelo cumprimento da obrigação.

[...] A insuficiência na atividade jurisdicional pode ser tão danosa quanto o excesso. Ambos precisam ser regulados pelo princípio da proporcionalidade para, em conjunto com os demais princípios constitucionais e processuais, produzir bons resultados para aquele que necessita de tutela jurisdicional [...] (BONICIO, 2006, p. 130).

Outro ponto de suma importância é a utilização de tutelas específicas, a escolha de meios adequados, necessários e proporcionais para implantação. Por exemplo, a multa diária, que passando pelo teste de proporcionalidade será definida: se é meio adequado a efetivar o direito, se é o meio menos prejudicial e se é o meio que atinge de forma proporcional o direito do réu, mas também, se gera resultados satisfatórios para o autor. Estas mesmas considerações valem para as iniciativas de execução, de tutela de evidência, urgência, etc.

Para um processo que enfrenta e continuará enfrentando problemas de conflitos entre a efetividade e a segurança, é necessário criar meios que consigam trabalhar com situações onde o equilíbrio deve ser enfrentado. Bonício (2006, p. 210-211) afirma que a proporcionalidade consegue estabelecer uma “linha de equilíbrio” para que a necessidade da realização da justiça enfrente as formalidades (que se

apresentam como obstáculos) sem abandonar “regras e princípios processuais”, ou seja, compatibiliza a efetividade e a segurança jurídica.

[...] todos tem o direito a um processo “justo e equo”, o qual só pode ser concebido a partir do estabelecimento de um alinhamento de equilíbrio que impeça arbitrariedades e excessos de toda ordem.

Assim, estabelecer, previamente, o direito a este equilíbrio importa em garantir a todos uma boa justiça, pois a margem de surpresas e decepções fica muito reduzida e, com isso, melhora a confiança que todos devem ter no sistema processual e nas instituições públicas em geral [...] (BONICIO, 2006, p. 214).

A proporcionalidade ainda pode atuar para verificar os melhores caminhos de procedimentos diferenciados autorizados a serem criados pelas partes, na verificação do oferecimento da justiça gratuita, assim como para identificar níveis adequados de formalidade e, principalmente, níveis correspondentes de fundamentação e justificação, preservando autor e réu, segurança e efetividade, além da transparência pela exposição dos motivos.

Não é à toa que a proporcionalidade e razoabilidade aparecem de forma explícita no artigo 8º do NCPC como princípios que devem ser observados na aplicação do direito processual e promovedores da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito trouxe a necessidade do Direito tratar de valores firmados em constituições que delimitam materialmente a produção das legislações e da aplicação jurídica. Além disso, o Estado deve conseguir atender às demandas de sociedades hipercomplexas que se modificam cada vez mais rápido.

O Direito, como meio de regulamentação da sociedade, passa então a se flexibilizar para conseguir atender as mais diversas demandas, utilizando, cada vez mais, dispositivos abertos que possibilitem a interpretação e aplicação conforme a diversidade do caso. Outro caminho que o Direito segue é considerar os princípios em seu centro, como forma de direcionar a aplicação para os caminhos apontados pelos valores constitucionais, principalmente, para a dignidade da pessoa humana.

O processo como integrante do Direito entra neste movimento, afastando a concepção legalista-formalista e propondo a revisitação da segurança jurídica para o seu estado dinâmico como defensora da disciplina e da organização, além de fazer parte integrante do processo civil constitucionalmente justo.

De outro lado, surgem necessidades processuais quanto à implementação da efetividade da tutela jurisdicional, deixando de lado formalismos excessivos e buscando realizar os efeitos da tutela de modo real na vida dos jurisdicionados.

De tal forma, a segurança e a efetividade passam a ser princípios complementares e necessitam conviver em equilíbrio para a construção de um processo civil justo, sendo que a utilização de princípios e de normas abertas foram desenvolvidas para este fim.

O método lógico-dedutivo com sua estrutura absolutamente formal de adequação do texto normativo ao caso, não consegue atender às necessidades de aplicação e interpretação do direito e do processo que passaram a contar com a flexibilidade e os valores (determinados em princípios) como recursos fundamentais para o seu funcionamento. De tal modo, outras formas de aplicação ganham espaço por contarem com a capacidade de trabalhar com critérios formais e materiais, com ideias controversas e com dispositivos amoldáveis, sendo que entre estas formas estão a razoabilidade e a proporcionalidade.

Para evitar que tais métodos dessem ampla liberdade para os aplicadores, buscaram-se formas de controlar a arbitrariedade e discricionariedade nos métodos de aplicação que envolvam a razoabilidade e proporcionalidade, sendo que estes

podem ser reduzidos a duas formas principais: a criação de critérios de argumentação racionais e a utilização de procedimentos estruturais onde é organizada a argumentação.

Verificou-se que a razoabilidade pode atuar de forma mais ampla, buscando balancear interesses diversos, enquanto que a proporcionalidade é mais estruturada internamente e procura as melhores formas para aplicação da medida escolhida.

A razoabilidade desenvolvida nos EUA é uma parte da aplicação do controle material de atos do poder público, sendo que tal controle se modifica de acordo com o histórico social e com a composição da Suprema Corte, podendo ser mais ou menos rigoroso.

Constituindo um dos *standards* do devido processo legal substantivo, a razoabilidade pode ser caracterizada como o principal deles, mesmo assim, de forma proposital ele é construído de forma fluida e não estanque. Porém, mudar o entendimento da Corte não é fácil, exigindo grande articulação jurídica, política, social e econômica para que os precedentes sejam alterados. Desta forma, existe um grau de previsibilidade que sustenta a segurança jurídica do sistema.

De outro lado, a razoabilidade possibilita a aplicação do sistema jurídico envolvendo valores com a utilização dos controles mínimo, intermediário e rigoroso, demonstrando que os critérios da razoabilidade se distanciaram do *Wednesbury test* (baseado em evitar absurdos), buscando maior rigor na apreciação de restrições consideradas suspeitas. Existem direitos que, se restritos, automaticamente, recairá sobre os mesmos, uma suspeita de inconstitucionalidade, seguindo o raciocínio de quanto mais importante o direito, maior a suspeita sobre a restrição e maior o rigor de testes envolvendo critérios racionais, analisando meios e fins e critérios valorativos como o balanceamento.

A ponderação de interesses, oferecida pelo balanceamento, busca determinar o custo- benefício entre o interesse público e a restrição ao direito com foco em frear o ativismo judicial nas escolhas do legislativo, sendo que, existe a metódica de verificar os interesses envolvidos e suas relevâncias de modo mais abstrato possível, buscando todos os interesses que possam ser atingidos e quais devem prevalecer, criando uma espécie de classificação ou ranking de interesses.

Este procedimento de aplicação da razoabilidade pode ser considerado, em certo grau, uma forma específica dos aspectos apresentados do uso da razoabilidade como parâmetro de flexibilização e tratamento de critérios materiais (capítulo 2.1),

onde se apresentou a argumentação e a utilização da dialética para que os métodos de aplicação possam ir além da lógica formal e continuarem racionais.

A necessidade de justificar argumentos utilizando-se de procedimentos como: a caracterização do caso concreto; regra de justiça formal; coesão; coerência; análise de argumentos consequencialistas e a conexão entre meios e fins, buscando tratar da razoabilidade de forma discursiva, trouxe um repertório de critérios que podem ser utilizados na aplicação jurídica dos valores constitucionais e, conseqüentemente, do processo.

Tais critérios são encontrados dando respaldo para a aplicação da razoabilidade nos EUA e, também, na proporcionalidade, tanto no seu desenvolvimento na Alemanha, quanto no Canadá, já que todos estes procedimentos utilizam-se de critérios racionais como meio e fim, exame de conseqüências, levantamento de dados do caso concreto, etc. Assim como os aparelhos constitucionais destes países também adotam as regras de coesão e coerência do sistema normativo e sistemas de precedentes, cada qual, a sua maneira, prestigiando a regra da justiça formal.

Portanto, tais critérios formados nas teorias da argumentação centradas na linguagem (discurso) podem fornecer cada vez mais estruturas que reforcem os procedimentos de aplicação normativa, melhorando a capacidade de trabalho com dispositivos flexíveis e tratamento de princípios.

Quanto à proporcionalidade, esta merece destaque pela sua movimentação mundial com eixo central do desenvolvimento alemão, sendo que diversos outros países aderiram aos seus ditames por dois atrativos principais: a) ela fornece uma estrutura de aplicação que favorece a transparência dos fundamentos; e b) a estrutura é um método neutro e, portanto, pode receber qualquer conflito de direitos.

Na Alemanha, a proporcionalidade ganha status constitucional e se transforma no método para aplicação do direito em casos que envolvam direitos colidentes, tal método é baseado em três fases: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Atualmente, existem doutrinas exigindo um quarto teste, que seria preliminar a estes três: o teste da legitimidade do objetivo.

No Canadá, a proporcionalidade foi desenvolvida em um julgamento da Suprema Corte para criar uma metodologia de aplicação que viabilizasse o controle da cláusula constitucional expressa na *Bill of Rights* canadense que autoriza a

limitação de direitos fundamentais em caráter de exceção, mediante previsão legal e que possa ser razoavelmente justificada em uma sociedade livre e democrática.

O resultado do julgamento ficou conhecido como teste Oakes e é dividido em dois passos, o primeiro verifica a existência de restrição do direito e o segundo atua em quatro fases: importância do objetivo, conexão racional, mínimo prejuízo e proporcionalidade em sentido estrito.

Esta estrutura neutra e procedimentalizada da proporcionalidade traz inúmeras vantagens para a interpretação e aplicação da norma, devendo ser citadas: a manutenção de parâmetros que podem atuar de forma flexível, a garantia de argumentação em fases estruturadas e compreensíveis e, também, a exposição analítica de motivos que são expostos em um contexto determinado

Merece destaque o diálogo entre os poderes (executivo, legislativo e judiciário) que ocorreu no Canadá quando a Suprema Corte definiu os critérios e o método de aplicação da proporcionalidade. Tal decisão gerou planejamento dos atos do poder público, incentivando as autoridades a justificarem, de forma antecipada, as suas atuações de acordo com o teste de proporcionalidade, o que acabou por fortalecer a cultura da justificação e a comunicação entre os membros estatais.

Enfim, desenvolveram-se pelo menos quatro perspectivas de razoabilidade e proporcionalidade nesta pesquisa, muitas delas semelhantes ou complementares, sendo que um aspecto se sobressaiu: não é o método de aplicação que vai garantir que as decisões sejam fundamentadas e, principalmente, que elas serão justas, mas ele é fundamental para garantir a visualização se houve fundamentação e, através dela, é possível dizer se houve mais ou menos justiça na decisão.

Quanto à atuação brasileira a respeito da proporcionalidade e a razoabilidade, na maioria das vezes, ela ocorre sem uso de método ou de justificação e, assim, descarta os potenciais de flexibilidade e de controle das decisões oferecidos pela proporcionalidade e razoabilidade.

Sem o método, a decisão poderá ficar opaca e/ou justificada artificialmente. E sem a justificação não há possibilidade de qualquer controle sério das decisões judiciais.

Com estas ressalvas é que se apresenta o potencial dos métodos desenvolvidos pela proporcionalidade e razoabilidade para a construção de um processo civil justo.

Foi dado destaque a partes do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) que necessitarão de método de aplicação para fazer funcionar as aberturas que o sistema processual cedeu e outras que foram mantidas. De tal modo, constatou-se que razoabilidade e proporcionalidade podem ser ferramentas de suma importância, tanto que estas foram elencadas de forma explícita no artigo 8º.

A utilização dos métodos apresentados pode trazer um equilíbrio mais fundamentado entre a efetividade e a segurança para diversos aspectos processuais como: a gratuidade da justiça; o funcionamento das ações coletivas; a modificação dos procedimentos, dos prazos, da produção de provas; a utilização das tutelas de urgência e evidência; para a inversão do ônus da prova; para o saneamento do processo; para utilização das tutelas específicas; para a formação de sistema de precedentes coeso e coerente. Além de poderem tratar como um todo dos dispositivos abertos que deverão ser aplicados de acordo com as peculiaridades de cada caso.

A razoabilidade e a proporcionalidade podem ser utilizadas em conjunto, como ocorre de certa forma no Canadá, ou separadas, como ocorre na Alemanha e EUA. Também podem ganhar novos formatos com outras estruturas de justificação racional desenvolvidas nas teorias de argumentação e, desta forma, trazerem grandes avanços, principalmente, para a cultura da justificação no âmbito processual.

Este uso fortalecerá tanto a efetividade, como a segurança e contribuirá para a formação de um processo justo, desde que seja tratado de modo estruturado e organizado pelo judiciário brasileiro.

Para que a razoabilidade e a proporcionalidade possam conseguir gerar uma melhora no entendimento da decisão, um maior controle sobre a fundamentação e aplicação normativa, é necessário a demarcação de um método para as suas utilizações. Sem tal definição são jogadas fora as duas utilidades que as colocaram pelo mundo como ferramentas fundamentais de convivência entre princípios colidentes e clarificadoras de justificação.

Do mesmo modo que, por exemplo, o Canadá desenvolveu a sua metódica de aplicação, que tem suas críticas, mas segue em busca do aprimoramento de acordo com as suas peculiaridades sociais. O Brasil também pode e deve fazer o mesmo, definindo como será a padronização do uso da razoabilidade e/ou proporcionalidade de acordo com os direitos e necessidades da sociedade.

Tal iniciativa é urgente, sob pena do razoável e proporcional serem afastados ou estigmatizados por se transformarem em máscaras para julgamentos discricionários falsamente justificados.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Gregory, S. **Proportionality In Takings Law**. In: The 12th Annual Cle Conference On Litigating Regulatory Takings And Other Legal Challenges To Land Use And Environmental Regulation. South Royalton, Vermont, nov. 2009.

ALEXY, R. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Trad. M. de Carvalho Netto. In: Ratio Juris. v. 16, n. 2, jun. 2003.

_____. **Teoria de dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Ponderação, revisão constitucional e representação**. In: Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 71, jan./fev. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=77764>>. Acesso em: 14 jun . 2015.

ANDOLINA, I. A. **Il "Giusto Processo" nell'esperienza Italiana e Comunitaria**. In: Revista de Processo. v. 126. São Paulo, ago. 2005. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>> Acesso em: 05 mar. 2014.

ATIENZA, M. **Para una razonable definición de "razonable"**. In: Doxa - Cuadernos de Filosofia del Derecho. v. 4. Madrid, 1987.

_____. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, H. B. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **O que é "devido processo legal"?** In: Revista de Processo. v. 163. São Paulo, set. 2008. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>> Acesso em: 06 fev 2014.

AZAMBUJA, D. **Teoria geral do Estado**. 24. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1985.

BARAK, A. **Proportionality: constitutional rights and their limitations**. Trad. Doron Kalir. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARROS, S. T. **Princípio da Proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, L. R. A Segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: BARROSO, L. R. **Temas de direito constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, jul/dez. 2006

_____. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 23. Abr. 1998. Disponível em: < <http://www.revistadotribunais.com.br> > Acesso em: 05 jan. 2014.

BEDAQUE, J. R. S. **Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo**, 5. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

BENEDICT, R. **Cultura e sociedade**. In: SHAPIRO, H. L. (org.) Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1966.

BITAR, O. **Obras completas de Orlando Bitar: estudos de direito constitucional e direito do trabalho**. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BONICIO, M. J. M. **Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 mar. 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm >. Acesso em: 06 mai. 2015.

BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil**. v. 1, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, F.B.S. **A Anatomia do Processo Civil Constitucionalmente Efetivo**. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI, Niterói, 2012.

_____; BARANOSKI, M. C. R. **Três caminhos para efetividade da tutela jurisdicional**. In: Revista Lumiar. v. 3. n. 2, 2011.

BVERFGE. **7, 377**. Alemanha: 1958. Disponível em: < http://www.ejura-examensexpress.de/online-kurs/entsch_show_neu.php?Alp=1&dok_id=3174>. Acesso em: 04 mar. 2014.

BVERFGE. **90, 145**. Alemanha: 1994. Disponível em: < <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090145.html>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

CAMBI, E. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, L.; NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (orgs.). **Processo e constituição**: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANADÁ. **Canadian Bill of Rights**, 1960. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-12.3/FullText.html>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, M; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO, C. R. S. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**, 4 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

CAVALLI, Cássio Machado. **A compreensão jurídica do dever de razoabilidade**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 50, jan. 2005. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>> Acesso em: 01 nov. 2014.

CINTRA, A. C. A; GRINOVER, A. P; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CHOUDHRY, S. **So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1**. In: Supreme Court Law Review. v. 34, n. 2, 2006. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=930436>. Acesso em: 04 mar. 2014.

CLÉRICO, L. **El examen de proporcionalidade en el derecho constitucional**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009.

COELHO, F. U. **Roteiro de Lógica Jurídica**. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004

COHEN-ELIYA, M; PORAT, I. **American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins**. In: International Journal of Constitutional Law, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1272763>. Acesso em: 04 mar. 2014.

COMOGLIO, L. P. **Garanzie Minime del "Giusto Processo" Civile Negli Ordinamenti Ispano-Latinoamericani**. In: Revista de Processo. v. 112. São Paulo, out. 2003. Disponível em: < <http://www.revistadoatribunais.com.br>> Acesso em: 06 mar. 2014.

COSTA, A. A. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008.

_____. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF**. Brasília: Thesaurus, 2008a.

DALLARI, D. A. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DEUTSCH, N. T. **Nguyen v. Ins and the application of intermediate scrutiny to gender classifications: theory, practice, and reality**. In: Pepperdine Law Review. v. 30, n. 2, 2003.

DIDIER JR., F. **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, outubro, 2001.

DINAMARCO, C. R. **A Instrumentalidade do Processo.** 14 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Execução civil.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A instrumentalidade do processo.** 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FUX, L. **Tutela de segurança e tutela de evidência:** fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMES, A. R.; TAVEIRA, R. V., **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro.** In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 82. São Paulo, jan. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>> Acesso em: 06 mar. 2014.

GRIMM, D. **Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence.** In: University of Toronto Law Journal. v. 57. n. 2, 2007.

GUERRA FILHO, W. S. **Teoria Processual da Constituição.** 3 ed. rev. amp. São Paulo: RCS Editora, 2007.

LACERDA, G. **O Código e o Formalismo Processual.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: v. 21, n. 0, 1983. p. 13-20.

MACCORMICK, N. **Reasonableness and Objectivity.** 74 Notre Dame L. Rev. n. 1575, 1999.

_____. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** Trad. Waldea Barcellos. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MALUF, S. **Teoria geral do Estado.** 11. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

MARINONI, L. G. **Teoria geral do processo.** v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

____. **Técnica processual e tutela de direitos**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINS, J. **Processo Instantâneo Versus Processo Razoável: A Dualidade Temporal da Garantia Constitucional**. Revista NEJ - Itajaí: v. 16, n. 2, mai-ago 2011.

MATHEWS, J; SWEET, A. S. **All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing**. In: Emory Law Journal. v. 60. n. 4, 2011.

MENDES JUNIOR, M. S. Teorias sobre a ação: Uma falsa controvérsia. In: FUX, L.; NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (org.). **Processo e constituição**: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, G. F. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, v.1, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 12 out. 2014.

MESQUITA, E. M. **O Princípio da Proporcionalidade e as Tutelas de Urgência**. 1 ed. 2 tir. Curitiba: Juruá, 2007.

MILANI, D. J. **Tutela de Evidência: Justiça em Tempo Hábil**. In: Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil. 59 ed. 59. mar-abr 2014.

MOREIRA, J. C. B. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. In: Revista de Processo. v. 77. São Paulo, jan. 1995. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>> Acesso em: 10 mar. 2014.

____. **Temas de Direito Processual Civil**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, D. **Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades**. In: Revista de Processo. ano 35. n. 184. São Paulo, jun. 2010.

OLIVEIRA, C. A. A. **O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: XLVII, n. 1 e 2, 2006.

_____. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.** In: Revista de Processo. v. 113. São Paulo, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>> Acesso em: 02 jun. 2015.

_____. **Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica.** Revista atualidades jurídicas. Brasília: OAB Editora, n 3, jul/ago, 2008.

_____. Efetividade e processo de conhecimento. In: Wambier, L. R. (Org.). **Doutrinas essenciais do processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II, 2011.

OLIVEIRA, R. C. O princípio constitucional da razoável duração do processo explicitando a EC n. 45, de 08.12.2004, e sua aplicação à execução civil: Necessidade de que o PJ através dessa norma-princípio flexibilize as regras jurídicas e passe aplicá-las garantindo um efetivo e qualificado acesso à Justiça. In: WAMBIER, T. A. A. (org.). **Reforma do Judiciário:** Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PANACCIO, C. M. **In Defence of Two-Step Balancing and Proportionality in Rights Adjudication.** In: The Canadian Journal of Law & Jurisprudence. v. XXIV, n. 1, jan. 2011.

PERELMAN, C. **Ética e direito.** Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Retóricas.** Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **Lógica jurídica:** nova retórica. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado de argumentação:** a nova retórica. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEYRANO, J. W. **La regla la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema.** In: Revista de Processo. ano 35. n. 185. São Paulo. jul. 2010.

PORTO, S. G. A crise de eficiência do processo: A necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, L.; NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (org.). **Processo e**

constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIBEIRO, L. F. S. Prestação jurisdicional efetiva: Uma garantia constitucional. In: FUX, L.; NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (org.). **Processo e constituição:** Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SICHES, L. R. **Nueva Filosofía de la interpretación del derecho.** 2 ed. México: Editorial Porrúa, 1973.

SILVA, L. V. A. **O Proporcional e o Razoável.** In: Revista dos Tribunais. v. 798. São Paulo, abr. 2002. Disponível em: < <http://www.revistadostribunais.com.br>> Acesso em: 06 mar. 2015.

SILVA, S. T. **O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade.** In: Boletim da FDUB. Coimbra: abr. 2013. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/23213>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

SOUZA, G. A. **Direitos Humanos e Processo Civil.** In: Argumenta. v. 5. Jacarezinho, 2005.

_____. **Direito Evidente e Acesso à Justiça.** In: Repertório de jurisprudência IOB. v. III, n. 11, Porto Alegre: Síntese, 2014.

_____. **Prevalência do juízo incompetente sobre o juízo competente.** In: Revista Bonijuris. Ano XXVI, v. 26, n. 2, Curitiba: Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, fev. 2014a.

STRECK, L. L. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, Itajaí: v. 15, n. 1, jan-abr 2010.

SUPREME COURT OF CANADA. **R. v. Oakes 1 SCR 103**, Case number 17550, Canadá: 1986. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/117/index.do>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 511961**, Brasil: 17 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

_____. **RE 603583**, Brasil: 26 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

_____. **RE 47.588**, Brasil: 27 jul. 1961. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 02 dez. 2014.

_____. **ADI 1158**, Brasil: 19 dez. 1994, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 12 dez. 2014.

_____. **AI 265064 AgR**, Brasil: 11 jun. 2002, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 12 dez. 2014.

_____. **Agr. Reg. na reclamação 3.034-2/PB**, Brasil: 18 mar. 2009a, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 mai. 2014.

SWEET, A. S. **Proportionality Balancing and Global Constitutionalism**. In: Faculty Scholarship Series, n. 1296, 2008.

TARUFFO, M. **Orality and Writing as Factors of Efficiency in Civil Litigation**. Coloquio Oral & Written Proceedings: Efficiency in civil procedure. Valencia, 2008.

THEODORO JÚNIOR, H. **A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica**. Revista IOB de direito civil e processual civil. Porto Alegre: Síntese, v. 7, n 40, mar./abr., 2006. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>Acesso em: 08 nov. 2014.

TRAKMAN, L. E., COLE-HAMILTON, W., GATIEN, S. R. v. **Oakes 1986-1997**: Back to the Drawing Board. In: Osgoode Hall Law Journal, v. 36. n. 1, 1998.

U.S. SUPREME COURT. **Williamson v. Lee Optical CO. 348 U.S. 483**, 1955. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/348/483/case.html>>. Acesso em: 18 out. 2014

WINKLER, A. **Fatal in Theory and Strict in Fact**: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts. In: Vanderbilt Law Review. v. 59, 2006.

ZARIF, C. C. **Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo.** In: FUX, L.; NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (org.). **Processo e constituição:** Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.