PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

Taise Daiana Lopes Lessa Vieira

UM OLHAR SOBRE A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS.

Guanambi/BA

2020

CENTRO UNIVERSITÁRIO FG– UNIFG
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

TAISE DAIANA LOPES LESSA VIEIRA

UM OLHAR SOBRE A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS.

Dissertação de Mestrado, apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Centro Universitário FG - UniFG.

Prof. Dr. Flávio Quinaud Pedron

Prof. Orientador

Guanambi/BA

2020

[...] que nossos pensamentos sobre o bem viver nos ajudem a ver quais são as responsabilidades morais. (Dworkin)

RESUMO

As reflexões trazidas nesta pesquisa tiveram por objetivo analisar, por meio do estudo empírico de decisões judiciais selecionadas do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o marco teórico utilizado pelo TJMG para compreender, intepretar e aplicar princípios diante de casos concretos. É possível verificar decisões judiciais conflitantes entre si, no que se refere a aplicação de princípios, denotando que o TJMG não tem uma compreensão madura acerca de princípio como norma de Direito Fundamental. Ademais, verifica-se ainda decisões discricionárias, o que tornam o Direito antidemocrático, uma vez que o subjetivismo do julgador ganha protagonismo em face da busca de uma decisão democrática baseada em Direito Fundamental. Para tanto, recorre-se a uma revisão bibliográfica que trata da aplicação de princípios, de tradições do Direito e de transformação do conceito de princípio de acordo com os paradigmas existentes. Nesse sentido, imperioso o estudo acerca das obras de Robert Alexy, com o desiderato de compreender a sua concepção de regra e princípios, entender em que momento os princípios entram em colisão, bem como a análise da regra da proporcionalidade apresentada pelo autor como solução de problemas jurídicos e de como essa regra ganhou adeptos no Brasil, além das críticas recebidas. Outro marco teórico utilizado nesta pesquisa são as obras de Ronald Dworkin, com a finalidade de compreender a sua concepção hermenêutica acerca de norma de Direito Fundamental e apresenta-la como sugestão democrática de aplicação de princípio como norma de Direito Fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Proporcionalidade; Princípio; Direito Fundamental; Robert Alexy, Ronald Dworkin.

ABSTRACT

The reflections brought up in this research aimed to analyze, through the empirical study of judicial decisions selected by the Special Body of the Court of Justice of Minas Gerais, the theoretical framework used by the TJMG to understand, interpret and apply principles in the face of concrete cases. It is possible to verify conflicting judicial decisions with regard to the application of principles, showing that the TJMG does not have a mature understanding of the principle as a fundamental law rule. In addition, there are still discretionary decisions, which make the Law undemocratic, since the judge's subjectivism gains prominence in the face of the search for a democratic decision based on Fundamental Law. To this end, a bibliographic review is made that deals with the application of principles, traditions of law and transformation of the concept of principle according to existing paradigms. In this sense, the study of Robert Alexy's works is imperative, with the aim of understanding his conception of rule and principles, understanding when the principles collide, as well as the analysis of the proportionality rule presented by the author as a solution of legal problems and how this rule gained adherents in Brazil, in addition to the criticisms received. Another theoretical framework used in this research are the works of Ronald Dworkin, with the purpose of understanding his hermeneutic conception about a fundamental law rule and presenting it as a democratic suggestion of applying the principle as a fundamental law rule.

KEYWORDS: Proportionality; Principle; Fundamental Right; Robert Alexy; Ronald Dworkin

LISTA ABREVIATURAS E/OU SIGLAS

DES	Desembargador.
HC	Habeas Corpus.
MIN	Ministro (a).
STF	Supremo Tribunal Federal.
STJ	Superior Tribunal de Justiça.
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10

2 UMA RELEITURA DA TEORIA DA NORMA: A BUSCA PELO SENTIDO NORMATIVO DO PRINCÍPIO.....12

2.1. PRINCÍPIOS E O DIREITO NATURAL.....12

2.2. NEGAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA TEORIA POSITIVISTA CLÁSSICA.....12

2.3. A PAULATINA AQUISIÇÃO DE RECONHECIMENTO NORMATIVO PARA OS PRINCÍPIOS.....19

2.4. A RECEPÇÃO DE UMA NORMATIVIDADE A PARTIR DO PÓS-POSITIVISMO.....22

3 APORTES ACERCA DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY.....27

3.1 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY.....27

3.2 A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS.....32

3.3 PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....41

3.5 A ESTRUTURA "RACIONAL" DO BALANCEAMENTO DE ALEXY.....44

3.4 A CRÍTICA ACERCA DA TEORIA DE ROBERT ALEXY.....48

4 JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE….....47

4.1 A PROPORCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....50

4.2 A PROPORCIONALIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS….....55

4.3 MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0000.14.086886-0/000 0868860-95.2014.8.13.0000 (1) 61

4.4 AÇÃO DIRETA DE INCONSITITUCIONALIDADE nº 1.0000.14.103203-7/000 1032037-41.2014.8.13.0000.....64

4.5 RECURSO ADMINISTRATIVO Nº1.0000.15.002030-3/001 0020303-76.2015.8.13.0000.....68

4.6 AÇÃO DIRETA DE INCONSITITUCIONALIDADE PROCESSO Nº 1. 0000.16.026305-9/0000263059-82.2016.8.13.0000.....74

4.7 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PROCESSO Nº 1. 0000.15.073710-4/001 0737104-26.2015.8.13.0000.....78

5 APORTES ACERCA DA TEORIA DE RONALD DWORKIN.....88

5.1 A INTEGRIDADE DO DIREITO E A BUSCA DA RESPOSTA CORRETA DE RONALD DWORKIN COMO PARADIGMA DE APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS.....125

5.2 A CRÍTICA À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL POR DWORKIN.....129

5.3 AS METÁFORAS HERMENÊUTICAS.....131

5.4 A DEFESA DA INTEGRIDADE DO DIREITO.....133

5.5 A TESE DA UNIDADE DO VALOR COMO OPOSIÇÃO AO UMA LEITURA AXIOLÓGICA DOS PRINCÍPIOS.....135

6 CONCLUSÃO.....139

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....141

1 INTRODUÇÃO

Essa pesquisa tem o desiderato de fazer uma análise acerca das decisões do *Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais* acerca de como esse Tribunal interpreta, aplica e estrutura princípio como norma de direito fundamental. A pesquisa utilizará para tanto, o método da proporcionalidade de Robert Alexy como forma de delimitar a busca e verificar se de fato o TJMG utiliza a teoria de Alexy como método de aplicação de princípio. Isso porque ao deparar com fundamentação jurídica, ora considerada discricionária, ora considerada antidemocrática do ponto de vista de uma postura hermenêutica, necessário entender os marcos teóricos utilizados por esse Tribunal e a sua concepção de norma de direito fundamental para, então, propor uma reconstrução e verificar qual a postura hermenêutica mais adequada a corrigir essas incoerências e a tornar o Direito Democrático.

Dessa maneira, serão selecionados cinco julgados do Órgão Especial, cuja busca se limitou aos termos "princípios" e "proporcionalidade" para que por meio da análise da construção da fundamentação dos desembargadores possa verificar se o TJMG entende princípio como norma de direito fundamental ou não, e identificar se além de Alexy existe outro marco teórico utilizado na interpretação, compreensão e aplicação de princípio. A análise da interpretação, compreensão e aplicação de princípio por parte do tribunal é imperiosa, tendo em vista a importância das decisões judiciais na efetivação de direitos fundamentais, já que uma compreensão equivocada pode se prestar a uma postura antidemocrática do ponto de vista de não se efetivar direitos fundamentais aos cidadãos.

A utilização do marco teórico utilizado pelo TJMG na fundamentação de suas decisões diz muito acerca de efetivação de direitos fundamentais, pois por meio dess e marco teórico é possível identificar como o tribunal entende por princípio, regra, di retriz política e como aplica esses institutos na prática. Este estudo está de acordo co m a linha de pesquisa I do mestrado, Ética, Autonomia e Fundamentos do Direito, qu e tem como objeto investigar as bases que estruturam o Direito, suas instituições e o próprio sistema de justiça, sem deixar de lado a perspectiva teórica, filosófica, episte mológica.

Ademais, a *linha de pesquisa I* visa discutir o problema de validade do Direito, bem como a metodologia do Direito, além de estudar o constitucionalismo do segund o pósguerra e o elevado grau de autonomia do Direito frente à política, à moral e à ec onomia que afeta de forma direta a aplicação das normas jurídicas no caso concreto. Ainda, está inserido dentro da temática da linha I de pesquisa a evolução do estado moderno e o constitucionalismo, levando em conta os influxos da globalização, inseri do o direito a autodeterminação, o direito das minorias, direitos dos animais, direitos culturais e o direito das novas tecnologias.

Assim, analisando o objeto de estudo da linha de pesquisa I verifica-se sobremaneira que esta pesquisa está inserida no rol de temáticas da linha Ética, Au tonomia e Fundamentos do Direito, já que o objeto de pesquisa é justamente analisar as decisões judiciais do Órgão Especial do TJMG como ele interpreta e aplica norma de direito fundamental.

A escolha desse tribunal de forma específica para realizar a pesquisa se dá pel o interesse em conhecer a argumentação do TJMG, sobretudo de seu Órgão Especial, de como se desenvolve a argumentação jurídica que impacta a vida dos mineiros qua ndo se trata de efetivação de direitos fundamentais.

Dessa forma, o trabalho foi estruturado da seguinte maneira, o tópico 1 corresponde a introdução da pesquisa. No segundo capítulo, a pesquisa reservou-se a analisar a teoria da norma e a refazer um caminho pela busca do sentido normati vo do princípio até a contemporaneidade. Para tanto, parte-se de uma análise acerca dos princípios e do Direito Natural. Após, foi apresentado o paradigma do Positivismo Jurídico e sua negação em face dos princípios enquanto no

rma jurídica, além de descrever como os princípios foram aos poucos sendo reconhec idos como norma jurídica e a recepção pelo PósPositivismo Jurídico dessa normativid ade, ainda que tal tradição esteja em construção e não possa ser compreendida a parti r de uma dicção uníssona.

Ao reconhecer a predileção do Direito brasileiro pela teoria de Robert Alexy, no que se refere a aplicação de princípios, o terceiro capítulo foi reservado ao estudo dessa teoria, destacando a diferenciação realizada pelo autor acerca de princípios e re gras, princípios e Direitos Fundamentais e aportes acerca do estrutural "racional" do balanceamento de Alexy e após foram elencadas as críticas recebidas por essa teoria.

Já no capítulo quarto, reservouse a análise de decisões judiciais promovidas pelo Ór gão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cuja pesquisa foi delimitada por dois tópicos, o primeiro princípio e o segundo proporcionalidade. Esse capítulo inici ou com uma breve análise do judiciário brasileiro e a aplicação de princípios, sob a p erspectiva do Supremo Tribunal Federal e após, do Tribunal de Justiça de Minas Ger ais, bem como com a conclusão acerca dessa pesquisa. Após estudar a postura herme nêutica utilizada pelo STF e sua repercussão no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o quinto capítulo cuidou
de tratar acerca da tese da integridade do Direito e a busca da resposta correta de Ro nald Dworkin como postura hermenêutica de aplicação de princípios.

Dessa forma, como a tese de Dworkin se apresenta como uma proposta que parte da crítica a discricionariedade, esse trabalho trouxe essa crítica, bem como as metáforas hermenêuticas do autor que consubstancia sua teoria. Logo, como essa postura se mo strou mais democrática a teoria do Direito, foi desenvolvido um tópico acerca da defe sa da integridade e a defesa da tese de unidade de valor em contraposição à leitura a xiológica dos princípios.

Portanto, conhecer a construção da fundamentação jurídica de determinado tribunal e verificar incompreensões e conflitos em seus julgados, bem como analisar a melhor postura de aplicação de direitos é relevante para a concretização de direitos fundame ntais, para promoção de igualdade e justiça, mas, sobretudo, para o aprimoramento d o Direito Democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica – A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.* Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Gen, 2019.

ALEXY. Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1986. Tradução: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo. Malheiros, 2006.

ANDRADE, Marcelo (coord.) *A teoria jurídica de Ronald Dworkin: O direito como integridade. Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte. Mandamentos. 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios*. 4 ed. Ed. Malheiros 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria cótica e pós-positivismo)* R. Dir. Adm., Rio de Janeiro jul./set. 2001.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova intepretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista da Emerj, v.6, n23. 2003.

BOBBIO, Noberto. *A era dos Direitos.* Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Elsevier. 2004.

CATTONI, Marcelo. Ronald Dworkin: *de que maneira o direito se assemelha à literatura*? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo Copetti (Orgs.). Direito & Literatura: ensaios críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor*. 2014. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo. Martins Fontes. 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1977. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo. Martins Fontes. 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 1999. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo. Martins Fontes. 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*.1985. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes. 2000.

GRAU, Eros. *Juízes interpretam e aplicam a Constituição e as leis, não fazem justiça.* 2018. Disponível em < Disponível em < www.conjur.com.br. Acesso em dezembro de 2020.

GUEDES, Néviton. *Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional*. 2014. Disponível em < www.conjur.com.br. Acesso em fevereiro de 2021.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre. Sérgio Fabris Editor. 1998.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Uma teoria da decisão judicial*: Fundamentação, Legitimidade e Justiça. 2 Ed. Juspodvm. 2019.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. Lisboa. Ed. ª. Fundação Calouste Gulbenkian. 1991.

MANERO, Juan Ruiz. ATIENZA, Manuel. *Sobre princípios e regras.* Revista de Direito do Centro Universitário de Guanambi- UNIFG.v.1, n. 1, janeiro-junho 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. Saraiva. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ediçEd. Saraiva. 2009.

MIRANDA, Daniel Carreiro. *A Questão da Revisão Judicial Numa Comunidade de Princípios*. Revista de Direito da Faculdade Guanambi - Ano 1, nº 1, out. 2015.

MORAIS, Fausto Santos de. *A hermenêutica e a insuficiência da teoria de Alexy,* 2014. Disponível em <https://www.conjur.com.br/ Acesso em dezembro de 2020.

MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: A inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Ed. 2ª. Editara Juspodvm, 2018.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática.* Tese de doutorado. Unissinos. 2014.

MURILLO, Ricart: SANTOS, Poliana Fernandes da Silva Santos: PEDRON, Flávio Quinaud. *De que maneira o Direito assemelha-se à literatura e à interpretação construtiva do Direito?* REJUR- Revista Jurídica de UFERSA. Mossoró, v.3, n. 5, jan./jun. 2019, p. 133-144. ISSN 2526-9488.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. Revista dos Tribunais. Coleção de estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman. 1988.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Ed. Juspodvm.1ª ed. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão judicial e conceito de princípios: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta: Aproximação sobre problemas da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica*. Dissertação de mestrado em Direito. Unissinos. 2007.

OMMATI, José Emílio Medauar. PEDRON, Flávio Quinaud. *A teoria jurídica de Ronald Dworkin como expressão de uma teoria pragmática do Direito.* Revista Direitos Culturais. Santo Ângelo. 2018.

OMMATI, José Emílio Medauar. PEDRON, Flávio Quinaud. *A teoria jurídica de Ronald Dworkin como expressão de uma teoria pragmática do Direito*. Revista Direitos Culturais Santo Ângelo. v. 13. n. 31. p. 191-223. set./dez. 2018. DOI: http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v13i31.2879.

PEDRON, Flávio Quinaud. *A proposta de integridade para o direito de Ronald Dworkin. Como casos podem ser decididos à luz de uma "resposta correta"*. 2013. Disponível em https://jus.com.br/. Acesso em janeiro de 2021.

PEDRON, Flávio Quinaud. *A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do Direito*. Revista. CEJ. 2009.

PEDRON, Flávio Quinaud. CARVALHO, Joabe Herbe Amorim de. *A contribuição da teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin para a hermenêutica jurídica contemporânea.* RVMD, Brasília, V. 10, nº 2, p. 431-449, Jul-Dez, 2016

PEDRON, Flávio Quinaud. José Emílio Medauar Ommati. *Teoria do direito contemporâneo: Uma análise de teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jurgen Habermas, Klaus Gunther e Robert Brandon*. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2019.

STRECK, Lênio Luiz. Dicionário de Hermenêutica. *Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte. Ed. Letramento 2017.

STRECK, Lênio. TRINDADE, André Karam. *Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia.* 2014. Disponível em <https://www.conjur.com.br/ Acesso em dezembro de 2020.

TUMOLO, Rodrigo Luiz Silva e Souza. *Kant inserido no debate jusnaturalista moderno*. Anais do seminário dos Estudantes da Pós-Graduação em Filosofia da UFSCar. ISSN: 2358-7334 ISSN (CD-ROM): 2177-0417 IX Edição (2013)