



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
CAMPUS DE PALMAS
CURSO DE DIREITO

FRANCISCO DOS SANTOS OLIVEIRA SOARES

**A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DO ART. 489, § 2º, DO CPC, E O
DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DAS
DECISÕES DO PLENO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS**

Palmas/TO
2022

FRANCISCO DOS SANTOS OLIVEIRA SOARES

**A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DO ART. 489, § 2º, DO CPC, E O
DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DAS
DECISÕES DO PLENO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS**

Artigo foi avaliado e apresentado à UFT – Universidade Federal do Tocantins – Campus Universitário de Palmas, Curso de Direito, para obtenção do título de Bacharel e aprovado em sua forma final pela Orientadora e pela Banca Examinadora.

Orientadora: Doutora Naima Worm

Palmas/TO
2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins

S676a Soares, Francisco dos Santos Oliveira.
A aplicação da técnica da ponderação do art. 489, § 2º, do CPC, e o dever de fundamentação das decisões judiciais à luz das decisões do Pleno do Tribunal de Justiça do Tocantins. / Francisco dos Santos Oliveira Soares. – Palmas, TO, 2022.

29 f.

Artigo de Graduação - Universidade Federal do Tocantins –
Câmpus Universitário de Palmas - Curso de Direito, 2022.

Orientador: Naima Worm

1. Decisões. 2. Fundamentação. 3. Pleno do Tribunal de Justiça do Tocantins. 4. Ponderação. I. Título

CDD 340

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFT com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

FOLHA DE APROVAÇÃO

FRANCISCO DOS SANTOS OLIVEIRA SOARES

A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DO ART. 489, § 2º, DO CPC, E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DAS DECISÕES DO PLENO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS

Artigo foi avaliada e apresentado à UFT – Universidade Federal do Tocantins – Campus Universitário de Palmas, Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel e aprovado em sua forma final pelo Orientador e pela Banca Examinadora.

Data de aprovação: 28/06/2022

Banca Examinadora

Prof. Dr. Gustavo Henrique Francisco da Silva Pereira, UFT

Prof. Dr. Gustavo Henrique de Souza Vilela, UFT

Prof. Dr. Naima Worm, UFT

Palmas/TO
2022

RESUMO

Este artigo analisa o problema da aplicação da técnica da ponderação à luz das decisões do Pleno do Tribunal de Justiça do Tocantins a partir de normas, em especial a do art. 489 do CPC, que consolidam o dever de fundamentação das decisões judiciais. Para isso, foi examinada a dinâmica de interação entre regras e princípios, com ênfase aos postulados da proporcionalidade e razoabilidade. Disso, entende-se que a carência de requisitos objetivos na ponderação de normas é algo que compromete a fundamentação das decisões judiciais e possibilita que ocorra manifestações em busca de satisfações pessoais. Nesse sentido, ao ocorrer colisão entre normas válidas, a solução deve utilizar instrumentos capazes de proporcionar controle interno e externo. Por isso, buscou-se no âmbito de abrangência desse estudo, averiguar se as decisões que trilham esse caminho possuem ou não esses requisitos de validade, necessários para torná-las fundamentadas conforme exigido pela legislação. Dessa forma, a ponderação entre normas não pode fornecer margens ao subjetivismo, o intérprete deve obrigatoriamente demonstrar de forma objetiva e clara os motivos que o levaram a escolher o direito sobrelevado.

Palavras-chave: Decisões. Fundamentação. Normas. Pleno do Tribunal de Justiça do Tocantins. Ponderação.

ABSTRACT

This article analyzes the problem of applying the weighting technique in the light of the decisions of the Plenary of the Tribunal de Justiça do Tocantins (Court of Justice of Tocantins) based on norms, in particular that of art. 489 of the CPC, which consolidate the duty to substantiate judicial decisions. Thus, the dynamics of interaction between rules and principles was examined, with emphasis on the postulates of proportionality and reasonableness. From this, it is understood that the lack of objective requirements in the weighting of norms is something that compromises the reasoning of judicial decisions and allows manifestations to occur in search of personal satisfaction. Hence, when valid norms collide, the solution must use instruments capable of providing internal and external control. Therefore, within the scope of this study, it was sought to find out whether or not the decisions that follow this path have these validity requirements, necessary to make them substantiated as required by legislation. Thus, the balance between norms cannot provide margins to subjectivism, the interpreter must demonstrate objectively and clearly the reasons that led him to choose the higher law.

Keywords: Decisions. Rationale. Norms. Plenary of the Tribunal de Justiça do Tocantins. weighting.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	CONFLITOS ENTRE NORMAS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO	10
3	DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	15
4	A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NAS DECISÕES DO PLENO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS.....	19
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	25
	REFERÊNCIAS.....	27

1. INTRODUÇÃO

A partir da atual Constituição Federal, foi dada grande relevância às figuras jurídicas abertas, com destaque especial para os princípios, considerados como pilares do sistema jurídico nacional.

Esse sistema imposto pela nova realidade constitucional, apresenta a grande vantagem de possuir normas que podem alcançar diversas situações distintas a partir da interpretação extraída. A inserção de instrumentos jurídicos que têm o objetivo de proporcionar a abertura do sistema tem causado intensas discussões em relação à distinção entre regras e princípios, o que resulta, conseqüentemente, nas argumentações quanto a possibilidade de maior ou menor espectro de incidência de determinado dispositivo.

Por outro lado, a mesma base que proporciona vantagens ao ordenamento jurídico mais suscetível de adaptação à realidade a alcançar, traz a desvantagem de fornecer ao intérprete possibilidades de manipulações capazes de direcionar um mesmo dispositivo na direção das regras ou dos princípios, variando de acordo com a conveniência do caso concreto.

A outra vertente também possível não é adequada à realidade atual, pois, ao alcançar-se o Estado de Direito, a sociedade supera o paradigma da cega observância às regras postas e busca um vetor axiológico de moral nas normas que regem as relações sociais.

Nesse sentido, a dogmática constitucional elegeu valores capazes de fornecer mecanismos jurídicos que superam a tradicional concepção de que as regras têm aplicação rígida, enquanto os princípios apenas servem para expressar valores. Antes disso, havia a peremptória afirmação da distinção entre regras e princípios. Àquelas, estavam para definições de deveres definitivos e ao entrar em conflito, uma deveria perecer. Já os princípios, estabeleciam normas preliminares, com capacidade de permanecer vívidos quando em conflito, ocorrendo apenas o robustecimento de um em face do outro, de acordo com o caso concreto, sem sofrer redução de seu conteúdo valorativo. Essa era uma das concepções possíveis que fundamentava a ideia de que para as regras haveria necessariamente apenas interpretação, enquanto para os princípios, a ponderação.

Essa diretriz orientava o intérprete quando da fundamentação das decisões judiciais. Porém, o ordenamento evoluiu e adquiriu dispositivos que conseguem transitar entre as duas extremidades, efervescendo a doutrina ao ponto de cindir opiniões quanto às categorias já consolidadas, alcançando a propositura de novas, a exemplo dos postulados normativos aplicativos (ÁVILA, 2021, p. 47).

É nesse cenário que cabe ao intérprete despir-se de seus desejos pessoais para encontrar alicerces na base nuclear das conexões valorativas do dispositivo as razões da fundamentação jurídica aplicada ao caso. O fortalecimento dessa concepção fez com que o legislador buscasse afastar pseudo-argumentações ou aqueles tão frágeis que não possuem a solidez necessária para sustentar a decisão aplicada.

A mudança de paradigma espalhou-se em diversos diplomas normativos que têm a missão de extirpar do ordenamento decisões mal fundamentadas ou que apenas aparentam ter fundamentação¹. Nessa perspectiva, ainda no século passado, a Constituição Federal implantou essa semente ao estipular que o Poder Judiciário deveria fundamentar suas decisões, o que foi seguido pela legislação infraconstitucional posterior.

A questão a ser enfrentada na presente pesquisa tem razão na necessidade de fundamentação das decisões judiciais quando da aplicação da técnica da ponderação do art. 489, § 2º, CPC, que envolve normas colidentes (princípio e regras), sob o crivo dos parâmetros positivados no art. 489, I, § 1º, do mesmo diploma legal.

Dessa forma, utiliza-se nesta pesquisa uma abordagem qualitativa para investigação da utilização da supramencionada técnica, em que fora aplicada, implícita ou expressamente, nas decisões do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, em processos selecionados entre os anos de 2019 e 2021. Foram realizadas, como substrato às fontes de abordagem e tratamento do objeto, pesquisas bibliográficas e exploratórias, e pesquisas explicativas quanto aos objetivos.

Para alcançar o desiderato, investiga-se primeiro a aplicação da técnica da ponderação quando da ocorrência de conflitos entre normas, sejam regras ou princípios. Em segundo lugar, será analisada a aplicação dessa técnica quando do dever de fundamentação das decisões judiciais. E, por fim, estudar-se-á o fenômeno jurídico no âmbito das decisões do Pleno do Tribunal de Justiça do Tocantins, com a finalidade de averiguar se, ao ocorrê-lo, as decisões estão sendo devidamente fundamentadas.

2. CONFLITOS ENTRE NORMAS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

O dispositivo legal é o ponto de partida para se chegar à norma jurídica aplicada ao caso, porém, por dedução lógica, não se confunde com ele, em que, após sua elaboração, “a

¹ À margem das discussões doutrinárias referentes às diferenças ou não quanto à fundamentação e motivação, esse trabalho não se propõe a adentrar nessa contenda, pois foge ao seu objetivo, sendo, portanto, empregado os dois termos sem distinção.

norma jurídica continua sua vida própria, numa integração entre fatos e valores” (DINIZ, 2009, p. 351). Dessa forma, o julgador parte daquilo posto pelo legislador, em exercício de interpretação, para alcançar a solução aplicável ao problema que lhe foi apresentado.

A norma que surge nesses termos é fruto do conjunto da atuação do legislador e do julgador, com sua moldura estabelecida nas conexões semânticas e sintéticas do dispositivo e esculpida para se compatibilizar ao fato da vida real. Isso tem importância na medida em que é observada extensão limítrofe da interpretação. Se há margem para qualquer tipo de interpretação, o julgador pode utilizar de subjetivismo extremo e autoritário, fazendo de suas vontades a solução única a ser aplicada. Por outro lado, se os limites são muito estreitos, a resolução pode resultar em situação de injustiça, que, em vias de fato, não se configurará em solução.

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado) O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte (ÁVILA, 2021, p. 50).

Por isso, o ordenamento jurídico disponibiliza normas de diversas espécies, para que possibilite a aplicação ao nível individual em coerência ao sistema como um todo. Nesse sentido, é possível concluir que a norma não se confunde com o dispositivo, porém, é vinculada a ele à medida que finca os alicerces e estabelece a moldura para que o intérprete chegue à norma aplicável, como explica Humberto Ávila.

Além de levar às mencionadas conclusões, o exposto também exige a substituição de algumas crenças tradicionais por conhecimentos mais sólidos: é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crença de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto (ÁVILA, 2021, p. 54).

A margem de amplitude quanto à possibilidade de interpretação dependerá da espécie normativa em questão. Mesmo partindo de vetores ligados à sintática e semântica do dispositivo, o intérprete poderá aplicar métodos diferentes de acordo com a natureza da norma jurídica, que, em linhas gerais, pode ser tida como regra ou princípio. Além disso, mesmo não sendo o objetivo imediato aqui perseguido, é importante esclarecer que os postulados jurídicos são normas metódicas que orientam o intérprete quanto à aplicação de princípios e regras, conduzindo-o aos fundamentos da própria existência do ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995, p. 62-63).

Nesse sentido, deduz-se que o intérprete poderá fazer uso das regras e princípios de acordo com o caso que pretende resolver. Quando estiver na presença de uma regra, a margem interpretativa é bem restrita, pois o próprio dispositivo já apresenta um delineamento abstrato da situação. Porém, encontrando-se frente a um princípio será necessário um exercício hermenêutico mais elaborado para obter a norma de incidência. É nesse momento que aflora a possibilidade de o exercício da subjetividade alcançar o autoritarismo. Para afastar tal possibilidade, a fundamentação deve encontrar respaldo em estruturas que fundam a própria essência da existência das normas jurídicas, como princípios gerais (em sentido amplo) a serem perseguidos quando da aplicação do direito, conferindo coerência e justificação ao ordenamento jurídico (DWORKIN, 2002, p. 66).

A distinção entre as espécies normativas não pode ser tida como algo apriorístico, mas surge no momento da incidência ao fato gerador. Assim, ao observar que há uma norma essencialmente descritiva, que reproduz abstratamente o fato e tem a pretensão de decidibilidade, tem-se que se trata de uma regra. Porém, de outro modo, se a norma tem a pretensão de estabelecer mecanismos para promoção de algo à frente de sua existência, em mandamento de otimização, que visam um fim, tratar-se-á de um princípio. Sobre o assunto, Robert Alexy aponta que existem diversos critérios para distinguir regras de princípios, mas destaque o seguinte como sendo o mais adequado:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (Grifo do autor. ALEXY, 2015, p. 90).

A distinção é importante porque ambas partem de pontos comuns para decisões individuais, sendo, portanto, a distinção estabelecida no plano lógico (NERY JR.; ABOUD, 2017, p. 126). E isso terá especial relevância em caso de conflito de normas, pois, dependendo da espécie, os caminhos percorridos para a solução serão diferentes. Contudo, independentemente da situação, a aplicação do direito ao caso deve possuir um ideal de legitimação social, caso contrário, incorre-se em violação aos fundamentos de existência das ciências jurídicas (CARLI, 2014, p. 19).

A organização do ordenamento jurídico escalona as estruturas normativas em planos dispostos vertical e horizontalmente, proporcionando harmonia no momento da aplicação de determinada norma. De forma geral, os princípios e as regras pertencerão a diversos planos, dependendo de onde e como foram postos no sistema. Porém, como qualquer análise

comparativa, só é possível falar em nivelamento se existir a possibilidade de comparação entre as espécies. Assim, uma norma presente em um diploma normativo ordinário encontra-se em plano verticalmente inferior a outra presente no plano constitucional, por exemplo. Além disso, existem aquelas que estão sobrepostas e contém diretrizes a guiar o intérprete na busca pela interpretação face ao caso concreto.

Quando ocorre colisão entre essas espécies normativas deve-se averiguar em primeiro lugar o nível entre elas. Se estão em níveis diferentes, deve prevalecer aquela de maior hierarquia; porém, se estiverem no mesmo nível hierárquico, haverá a necessidade de fundamentar o afastamento de uma delas em critérios que promovam a integridade do sistema.

Há na doutrina divergência quanto à possibilidade de ponderação entre regras e princípios. Para alguns o afastamento de regras válidas quando em colisão com princípios caracteriza uma situação de derrotabilidade ou superabilidade, reservando a ponderação apenas para conflitos entre princípios (NOVELINO, 2020, p. 151). Outros consideram que as regras são essenciais para estabelecer mecanismos mais rígidos ao sistema e evitam práticas autoritárias dissimuladas em exercício interpretativo. Como estabelecem mandamentos comportamentais, as regras criam parâmetros de condutas que coordenam o sistema e impedem que sejam manipuladas em benefício de interesses individuais, tornam o afastamento de regra válida um fenômeno excepcional que deve ser subsidiado por requisitos muito mais rigorosos que os aplicados na colisão entre princípios, mas, nesse ínterim, aceita-se a utilização da ponderação entre regras (ÁVILA, 2021, p. 74).

A ponderação encontra sua razão de ser na busca pela solução juridicamente mais adequada quando ocorre a incidência de normas válidas e a necessidade de proeminência de uma delas. Como dito, pode ocorrer entre qualquer espécie normativa, porém, os critérios de afastamento serão tanto mais rígidos quando mais prescritiva for a norma aplicável. Isso decorre do fato de que o ordenamento apresenta dentro de um largo espectro normas que variam desde o extremo da prescrição imediata de condutas àquelas que estabelecem um estado de coisa a ser alcançado (SOUZA NETO; SARMENTO, 2021, p. 513).

De tudo isso extrai-se que:

As normas jurídicas surgidas do processo da legislação não solucionam todos os problemas. Tem-se evidenciado numerosas vezes que de maneira nenhuma determinam de forma completa a decisão jurídica. Enunciam-se quatro razões para isto: (1) a vagueza da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos normativos, (3) a possibilidade de casos que exigem uma regulação jurídica, inexistente nas normas vigentes e (4) a possibilidade de decidir em casos especiais contra a literalidade da norma (ALEXY, 2020, p. 248).

A carência de parâmetros objetivos conduz ao decisionismo, circunstância que corrói o ordenamento e promove a elevação de decisões incongruentes para casos semelhantes. Para exemplificar, a situação de construção de moradia em área de preservação permanente – colisão entre o direito fundamental à moradia e o direito fundamental à preservação ambiental – foi julgado pelo TRF da 3ª Região no sentido de não agravar a situação ambiental que já estava consolidada (AC 0012717-93.2007.4.03.6106, de 31.05.2022). Já o TRF da 4ª Região julgou, em exercícios de ponderação, das duas formas, partindo de critérios como a hipossuficiência ou não da pessoa que exerce o direito à moradia, concluiu, em alguns casos, pesar pelo direito à preservação ambiental e, em outros, pela prevalência moradia (AC 5014076-20.2011.4.04.7200, de 17.10.2017 e AC 5016263-16.2014.4.04.7200, de 17.10.2017). De forma diversa, o TRF da 1ª Região julgou o conflito no sentido de demolir a residência que estava em área protegida e resguardar o direito à preservação ambiental (Ag 0036984-08.2006.4.01.0000, de 04.07.2011).

Por isso, o exercício de ponderação de normas deve ser pautado em critérios objetivos e claros, de forma a legitimar decisões judiciais que constituirão jurisprudência dentro do sistema jurídico que pretende consolidar precedentes. Para tanto, a fundamentação da decisão possui conotação de essencialidade e não pode ser considerada apenas mera formalidade. Fugir disso é distorcer a técnica que tem o propósito de integração e violar o dever de fundamentação, como explicam Georges Abboud e Júlio César Rossi.

A conclusão a que chegamos é a de que os esforços lançados por parcela da comunidade jurídica no sentido de efetivamente combater e controlar o arbítrio judicial, por meio da exigência de escorreita fundamentação das decisões judiciais, corre sérios riscos de não alterar o atual estado de coisas vivenciados no dia a dia, ou seja, a proliferação de decisões genéricas, desfundamentadas e desconcatenadas do caso concreto continuarão a serem proferidas, lastreadas tanto na jurisprudência defensiva criada pelos Tribunais Superiores, ao arripio do artigo 489, § 1º, quanto ancoradas na inconstitucional ponderação (à brasileira) de normas previstas no artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil (ABBOUD; ROSSI, 2017, p. 110).

Apesar das críticas, o desenvolvimento da supracitada técnica pode ser de grande valia à integridade do ordenamento, porém, é preciso que haja meios de controle do subjetivismo exacerbado, obrigando o intérprete a seguir caminhos previamente traçados por requisitos objetivos no intuito de fundamentar a decisão. Não se trata de engessar, mas estabelecer mecanismos que garantam a segurança jurídica (REIS, 2010, p. 166).

Por outro lado, se bem aplicada, a teoria da ponderação, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio como técnica, promove o Estado Democrático de Direito à medida que possibilitará resultados mais claros e a eliminação de incertezas jurídicas, sobrepujando a harmonia (AUGSBERG, 2016, p. 23).

Como recurso a evitar distorções da ponderação, tem-se utilizado a proporcionalidade e a razoabilidade como vetores para que a fundamentação possa alcançar os princípios constitucionais fundamentais necessários a validá-la (GONÇALVES, p.39).

Entendidos em sentido amplo, a solução dada ao caso concreto, quando estruturada com base nesses princípios (postulados), mesmo não fazendo referência expressa, encontra respaldo de validade na constituição (STRECK, 2007, p. 378-379).

Segundo Humberto Ávila (2021, p. 190-191), a sistemática de validação da ponderação deve ser analisada nas fases de preparação, realização e reconstrução. Para isso, o julgador observará os fins a serem alcançados baseados em valores que florescem da concordância prática e da proibição de excesso.

No tocante ao princípio da proporcionalidade – a jurisprudência tem usado de forma indistinta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade –, pode-se considerá-lo, inclusive, como mandamento de otimização à promoção dos direitos fundamentais, ramificando-se em três subprincípios a serem observadas no processo de aplicação (GUERRA FILHO, 2016, p. 191-192).

Inclusive foi nesse sentido que Robert Alexy (2015) tratou do assunto ao discorrer sobre a escolha do objetivo e dos meios como forma de atingir os fins legitimamente protegidos, elegendo a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito como forma de validação do sopesamento.

A adequação diz respeito ao meio utilizado para alcançar a finalidade pretendida, isto é, entre todos disponíveis, deve-se optar por aquele que melhor corresponda ao fim que se almeja alcançar. A necessidade obriga a escolha da melhor medida possível. Para isso, faz-se um juízo de valor entre as opções no sentido de obter a medida menos gravosa aos direitos fundamentais afetados. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito traz ínsito a obrigatoriedade de averiguar o nível de afetação do direito sacrificado, isto é, o bem jurídico perseguido deverá valer, em juízo de custo e benefício, o sacrifício suportado quanto à análise de efeitos positivos e negativos sofridos pelos valores constitucionais em jogo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014).

Seguindo esse modelo, é possível chegar à conclusão se o uso da técnica da ponderação está em conformidade com o dever de fundamentação das decisões judiciais, pois, como já foi exposto, a jurisprudência tem tratado os princípios da proporcionalidade e razoabilidade como expressões sinônimas, apesar de que este tem mais relação com a harmonização do sistema. Mesmo assim, se a técnica da ponderação envolvendo qualquer modalidade de norma (regra ou

princípio) é aplicada com fundamento nos pressupostos constitucionais e em observância às metanormas, é possível concluir que cumpre os requisitos necessários à fundamentação.

3. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O dever de fundamentação das decisões judiciais é, antes de mais nada, corolário da existência de um Estado Democrático de Direito. Desse postulado normativo, derivam diversas razões de ser para obrigar o Poder Judiciário a legitimar suas decisões (GRECO, 2015, p. 296). Não basta o argumento de autoridade, é essencial que toda manifestação seja devidamente construída sobre pilares sólidos e que possibilitem o controle social, em promoção a princípios constitucionais, como a segurança jurídica e o devido processo legal.

O juiz que relata com clareza os principais acontecimentos do processo e desenvolve fundamentos apoiados nesses elementos e nos preceitos ditados pelo direito, para afinal decidir de acordo com o raciocínio assim desenvolvido, está ao mesmo tempo dando demonstração de seriedade no exame da causa e favorecendo o exame crítico da própria sentença pelas partes e pelos tribunais. Como toda exigência formal com relação aos atos do Poder Público em geral, a imposição desses três requisitos estruturais da sentença constitui também um penhor de *segurança jurídica* inerente ao devido processo legal (Grifo do autor. DINAMARCO, 2019, p. 766).

O ordenamento impõe em diversos dispositivos estruturados vertical e horizontalmente o dever de motivar as decisões, como forma de reforçar a importância desse ato e desmotivar qualquer manobra em sentido contrário. No mais alto degrau normativo relacionado ao tema está o princípio da motivação das decisões, com assento no art. 93, IX, da CF/88, que apresenta o vetor básico a ser seguido no intuito de alcançar o fim desejado. Em virtude de sua envergadura, a norma constitucional atinge diretamente a esfera endoprocessual, mas irradia-se para além e tem efeitos gerais, pois a motivação “permite um controle da atividade do juiz não só do ponto de vista jurídico, feito pelas partes no processo, mas de uma forma muito mais ampla, uma vez que permite o controle da decisão por toda a coletividade” (NEVES, 2019, p. 186).

Nesse aspecto, considerando a noção de postulado normativo, o Código de Processo Civil destacou normas gerais quanto ao dever de fundamentação das decisões judiciais, seguindo o preceito constitucional em obediência ao ordenamento organizado em nível hierarquizado. Endogenamente, o diploma processual consagrou expressamente os postulados normativos da razoabilidade e proporcionalidade (art. 8º), integridade e coerência (art. 926), e a ponderação (art. 489, § 2º).

Além disso, o CPC/2015 apresenta como regra específica à fundamentação das decisões o art. 489, em que discorre sobre os elementos essenciais e, de forma exemplificativa, apresenta critérios que ensejam uma decisão não fundamentada (SA, 2021, p. 788).

Fora da lei processual, o assunto ganhou relevante destaque com as modificações que consolidaram o Decreto-Lei nº 4.657/42 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). No que diz respeito ao tema, o art. 20 da LINDB prevê duas normas de incidência ao tema, o postulado normativo de observância das consequências práticas da decisão (*caput*) e a regra específica que impõe ao juiz a obrigatoriedade de motivá-las, norma constante no parágrafo único do artigo em questão (GONÇALVES, 2020, p. 91-92).

A fundamentação torna-se ainda mais relevante em um sistema em que ela própria se constitui em norma. É nesse mister que surgem as questões analisadas no corpo da motivação, que de acordo com sua essência, serão consideradas como *obiter dictum* e *ratio decidendi*. A partir dessa concepção, é possível se utilizar das técnicas do *distinguishing*, em caso de distinção quanto à norma extraída do precedente, quanto do *overruling*, quando ocorre uma superação no tocante aos motivos que resultaram na norma, como ensina Robert Alexy.

O uso de um precedente significa a aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente. “O direito do precedente é também um Direito de normas”. A questão é o que se deve considerar como norma, do ponto de vista do precedente. Com este propósito, construíram-se numerosas teorias para distinguir entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. A formulação limitada que aqui se segue permite, em lugar de entrar na discussão destas teorias, apontar unicamente dois fatores: a possibilidade do *distinguishing* e do *overruling*. A técnica do *distinguishing* serve para interpretar de maneira estrita a norma que se deve considerar sob a perspectiva do precedente, por exemplo, mediante a introdução de uma característica do fato hipotético a este caso. Com isso, o precedente continua sendo respeitado. A técnica do *overruling*, ao contrário, consiste na rejeição do precedente. No entanto, para esta análise, só interessa o seguinte: tanto o *distinguishing* quanto o *overruling* devem ser fundamentados (ALEXY, 2020, p. 241).

O alicerce construído pela fundamentação possibilitará a aplicação de técnicas que buscam controlar a legitimidade dos atos do Poder Judiciário. A ausência de critérios quanto a utilização de uma teoria, isto é, utilizar com fundamento qualquer motivo, em conceitos jurídicos indeterminados ou qualquer outro artifício sem demonstrar sua relação direta com o caso ou a questão decidida é violar o preceito normativo imposto pela lei processual. Um exemplo disso foi a aplicação da técnica da derrotabilidade das regras (*defeasibility*) pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em que a utilizou de forma desvirtuada como controle de constitucionalidade (FONTELES, 2019, p. 116-118).

Por isso, o uso de técnicas incorporadas ao ordenamento no plano legislativo deve ser ainda mais criterioso, pois pode abrir margem para o decisionismo judicial. A outra vertente é

engessar o sistema de tal maneira que inviabilize a promoção dos fins almejados pelo próprio direito (BREYNER, 2021, p. 113).

Ao incorporar a técnica da ponderação no art. 489, § 2º, do CPC, o legislador antecipou, com já foi exposto, uma série de prerrogativas necessárias para que a decisão judicial possa adquirir validade, bem como demonstrou, de forma exemplificativa, algumas situações em que ela não é considerada fundamentada. Além disso, para alcançar o *status* almejado, a decisão deve guardar estrita observância dos valores constitucionais e, como consequência direta disso, guiar-se aos fins pretendidos pelas diretrizes do ordenamento.

As situações mais comuns de aplicação da técnica da ponderação estão voltadas para a colisão entre normas-princípios, porém, em alguns casos excepcionais, poderá envolver normas-regras. Como já foi exposto, quanto maior o mandamento de definição de uma norma, mais exigente será o critério de fundamentação a ser aplicado.

Cumpra apenas frisar que o legislador teve a cautela de se referir a ponderação “entre normas”, ao invés de ponderação “entre princípios”, com o objetivo de englobar também a ponderação entre regras e princípios. Trata-se de hipótese excepcionalíssima, aceita nas raríssimas ocasiões e quem, concomitantemente, (i) a aplicação da regra deixa de atender a finalidade pretendida pelo legislador e (ii) a prevalência do princípio não gera *absolutamente nenhuma* segurança jurídica. As razões apresentadas para a superação da regra devem ser universais e passíveis de serem seguidas em todo caso análogo (v. 11.5, acima). E em nenhuma hipótese a superação de uma regra pode servir como instrumento da realização do senso de justiça pessoal do julgador, em detrimento da justiça institucional erigida democraticamente pelo povo e para o povo (LUCCA, 2019, p. 242).

Uma das maneiras de solucionar esse problema é averiguar se houve observância quanto à aplicação dos postulados da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade. Para isso, o intérprete poderá realizar atividades em momentos antecedentes, concomitantes e subsequentes à aplicação da técnica do art. 489, § 2º, do CPC. No primeiro momento, ocorrerá o agrupamento de todas as normas conflitantes que incidem sobre o caso, o que deve ser feito, inclusive, com a participação das partes, mandamento do princípio da cooperação. Em seguida, serão analisadas todas as circunstâncias que resultam em maior ou menor grau em efeitos favoráveis e desfavoráveis. E, por fim, a repercussão da decisão quanto aos demais casos semelhantes e sua harmonia em relação à estrutura valorativa do ordenamento jurídico. Esse conjunto de decisões pode ser utilizado em seu conteúdo e bem orientar a aplicação da técnica quanto aos instrumentos metodológicos aplicados, como explica Ana Paula de Barcellos.

Da mesma forma, a observação e a contínua experiência com a interpretação e aplicação desses dispositivos produz uma espécie de banco de dados formado por situações típicas e elementos de fato relevantes, em função dos quais é possível, mesmo em tese, isto é, independentemente de um caso concreto específico, proceder a um raciocínio de natureza ponderativa para propor parâmetros (BARCELLOS, 2005, p.149).

Portanto, a fundamentação da decisão quando ocorrer a aplicação da técnica da ponderação, além de ser um requisito de validade, é extremamente valiosa para consolidar a norma do art. 489, § 2º, do CPC. Isso induz à necessidade de constante observação à prática, pois, do contrário, a própria integridade do ordenamento estará comprometida.

4. A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NAS DECISÕES DO PLENO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS

A utilização prática da técnica da ponderação foi averiguada no âmbito das decisões do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Para isso, realizou-se uma pesquisa inicial no sítio eletrônico do Tribunal, na aba “pesquisa jurisprudência” utilizando as palavras chaves “ponderação”, “489, § 2º”, “colisão de normas”, “proporcionalidade” e “razoabilidade”, com recorte temporal aos anos de 2019 a 2021. À medida que surgiam os resultados, foram sendo selecionados aqueles que, de forma expressa ou não, demonstravam ter sido utilizada a técnica da ponderação.

Quanto ao período escolhido, constatou-se que, por se tratar de técnica que busca solucionar problemas de conflitos de normas válidas, não tem seu fundamento na quantidade de casos – é de pouca incidência –, mas sim na repercussão que isso resulta para o sistema como um todo. Além disso, o sistema de busca de jurisprudência no sítio eletrônico do Tribunal possui limitações que inviabilizam a pesquisa em lapsos temporais mais remotos. Dessa forma, priorizou-se as decisões mais recentes.

A análise dos julgados tem relevância na busca por padrões decisórios, pois, a ausência de critérios na aplicação da técnica conduz a atuação jurisdicional, quando da resolução de conflitos de normas válidas, a padrão estocástico², em que cada decisão utilizará aleatoriamente as motivações que entender adequadas.

Por tudo isso, em decorrência da envergadura do órgão escolhido, cada decisão, seja monocrática ou acórdão, tem reflexos significativos na formação da jurisprudência local.

Quanto aos termos da pesquisa realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Tocantins, optou-se pela diversidade – e não apenas pelo uso da palavra *ponderação* – pois, observou-se a polissemia no emprego das palavras e expressões e isso decorre da própria essência da variedade conceitual dos valores linguísticos assumidos no processo de linguagem (SAUSSURE, 2006, p. 89-93).

² Aqueles que ocorrem de forma aleatória, sem padrão básico de repetição.

Para exemplificar, o próprio termo “ponderação” pode ter significados diversos, em que pode ser utilizado como “método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses (ÁVILA, 2021, p. 188).

Dessa forma, a pesquisa inicial foi realizada, conforme metodologia exposta, a partir dos termos indicados acima, em que se obteve vinte e dois resultados para o termo “ponderação”, cinco para “colisão de normas”, quarenta e cinco para “proporcionalidade”, sessenta para “razoabilidade” e nenhum resultado para “489, § 2º”.

Após análise e separação dos julgados encontrados conforme resultado da pesquisa, foram selecionados e agrupados os que, de forma direta ou indireta, têm relação com a técnica da ponderação, os quais constituem objeto de estudo quanto à aplicação da técnica e o dever de motivação das decisões judiciais, enquanto os demais foram excluídos. Disso, resta esclarecer que não será discutido o mérito da decisão, mas apenas se preenche os requisitos necessários e suficientes para ser considerada fundamentada.

Após a averiguação do conteúdo da decisão, foi realizada a separação em blocos, que resultaram da escolha seguida pelo intérprete quanto da fundamentação. Disso, resultou em conjuntos de julgados que tinham como objeto conflitos normativos diversos, mas que apresentavam a mesma essência quanto à motivação.

Nessa toada, nos casos de obrigação de fazer, onde se exige o direito à saúde, a questão é colocada ao crivo do judiciário, que parte do pressuposto do não cabimento da alegação de separação dos poderes nas ingerências em políticas públicas. Nesse aspecto, o intérprete desconsiderou, preliminarmente, a opção política orçamentária para determinar o remanejamento de verba no sentido de atender o direito fundamental pleiteado. Esse foi o caminho seguido nos processos Apelação Cível nº 0001931-88.2021.8.27.2713/TO, de 09.03.2022, Apelação em Remessa Necessária nº 0019189-63.2021.8.27.2729/TO, de 11.05.2022, Apelação em Remessa Necessária nº 0053819-19.2019.8.27.2729/TO, de 09.02.2022, Remessa Necessária cível nº 0014642-83.2020.8.27.2706/TO, de 23.06.2021, Apelação Cível nº 0016816-51.2019.8.27.2722/TO, de 10.02.2021, e em outros que seguem a mesma linha de raciocínio, nos quais o Tribunal entende que “[n]ão há que se falar em lesão ao princípio da separação dos poderes, já que o Poder Judiciário limitou-se a dar aplicabilidade à norma constitucional que garante o acesso universal aos serviços de saúde a todo e qualquer cidadão que dele necessitar”, como consta no acórdão da Apelação Cível nº 0009667-56.2019.8.27.2737/TO, de 30.09.2020.

No Mandado de Segurança Cível nº 0003813-27.2021.8.27.2700/TO, que tratava de ação movida com intuito de garantir o direito ao fornecimento de medicamento de elevado valor, na mesma toada dos citados acima, o Des. Relator considerou entre os fundamentos da decisão, no voto do acórdão, trecho repetido na ementa, que:

Por ser a saúde um direito subjetivo assim reconhecido pela ordem jurídica brasileira, havendo omissão dos entes estatais na sua prestação, quem dela necessitar poderá acionar o Judiciário exigindo a sua efetivação, não havendo se falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes, seja porque tal princípio, em ponderação, não deve sobrepor-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja porque a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso, XXXV, da CF) (TJTO, Mandado de Segurança Cível n. 0003813-27.2021.8.27.2700/TO, Rel. Des. Adolfo Amaro Mendes. J. 17.02.2022).

A ponderação utilizada para afastar o princípio da separação dos poderes em elevação ao princípio da dignidade da pessoa humana foi realizada pela simples alegação de que um se sobrepõe ao outro, isto é, limitou-se à consideração genérica de que as normas em questão são preliminarmente sopesadas, afastando, assim, a vinculação ao caso concreto e desconsiderando, de antemão, a escolha política de investimento público. É, inclusive, essa a maior crítica doutrinária quanto à utilização da técnica, pois, da forma exposta, é aplicável indistintamente a qualquer situação.

Por outro caminho, o Tribunal utilizou a técnica da ponderação ao julgar caso envolvendo a colisão de normas quanto ao direito à impenhorabilidade da remuneração (art. 833, IV, CPC) em conflito à satisfação executiva (art. 139, IV, CPC), resultante de ação que buscava a indenização em virtude de dano patrimonial³ (art. 927, CC), e, ao constatar a incidência de duas normas válidas, não sendo possível solucionar a questão a partir da aplicação das regras de conflito aparente, buscou-se aplicar a norma do art. 489, §2º, do CPC (TJTO, 1ª Câmara Cível, Ag n. 0000911-24.2019.827.0000/TO, Rel. Des. Maysa Vendramini Rosal. J. 16.04.2019).

A Relatora buscou utilizar-se da proporcionalidade, de forma implícita, ao dispor que a tentativa de penhora de outros bens foi infrutífera (subprincípio da adequação) e o desconto de parcela de remuneração era medida que satisfazia a pretensão do autor sem causar danos insuportáveis à parte contrária (subprincípio da necessidade).

Porém, apesar das alegações elencadas no voto vencedor, o entendimento não foi unânime. No voto-vista, a Des. Etelvina Maria Sampaio Felipe, defendeu que a penhora só poderá incidir sobre a remuneração para satisfazer crédito resultante de prestação alimentícia,

³ A ação tinha como objeto indenização por danos materiais e morais, porém, a sentença que deu origem ao agravo de instrumento analisado foi parcialmente procedente, conferindo ao autor a tutela referente apenas aos danos patrimoniais.

fora da hipótese do art. 833, §2º, do CPC, fundamentando que é tese adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Destaca-se uma passagem do voto vencedor, em que houve citação expressa da ponderação em trecho de jurisprudência do STJ, processo iniciado na vigência do CPC/73, que não fazia nenhuma menção à técnica. Mesmo assim, o caso foi julgado na Corte Superior quando da vigência da atual norma processualista e a Min. Nancy Andrichi enfatizou a importância da não generalização, afirmando que a ponderação deveria ser aplicada a partir da análise circunstancial de cada caso.

No agravo de instrumento sob análise, foi constatado que a aplicação da técnica art. 489, §2º, do CPC, não ocorreu de forma adequada. Apesar da tentativa de aplicação do postulado da proporcionalidade, a fundamentação foi insuficiente, pois não demonstrou categoricamente a adequação e necessidade da medida, além de ter ignorado a proporcionalidade em sentido estrito, pois, em nenhum momento, realizou um juízo quanto ao grau de afetação real do bem jurídico afastado em prol daquele tutelado, isto é, faltou a análise comparativa entre os custos e benefícios – efeitos positivos e negativos – da medida adotada.

Da mesma forma, o Tribunal utilizou a ponderação envolvendo o direito à satisfação executiva quando colidente com o direito à impenhorabilidade da remuneração no Ag n. 0000386-22.2021.8.27.2700/TO, de 07.09.2021, no Ag n. 0013081-42.2020.8.27.2700/TO, de 10.03.2021, no Ag n. 0017624-74.2019.8.27.0000/TO, de 15.04.2020, no Ag n. 0005322-27.2020.8.27.2700/TO, de 25.06.2020, no Ag n. 0012719-06.2021.8.27.2700/TO, de 01.12.2021, e Ag. n. 0006982-56.2020.8.27.2700/TO, de 18.08.2020. Em todos esses casos a ponderação de normas foi realizada de forma ampla e sem a devida aplicação ao caso concreto, servindo de fundamento genérico da decisão, quando seria adequado seguir o caminho da preparação, realização e reconstrução da técnica, com a finalidade de averiguar qual direito atenderia melhor o postulado normativo da proporcionalidade.

Importa destacar que em alguns casos a aplicação da norma é patente, o que afasta de imediato a discussão quanto a validade da norma aparentemente em conflito. A exemplo disso, o Tribunal de Justiça do Tocantins afastou a decisão de primeiro grau que mitigava a impenhorabilidade da remuneração em prol da efetividade da prestação jurisdicional em evidente violação ao princípio da proporcionalidade, pois, impôs desconto em remuneração que constituía pouco mais de três salários mínimos, fato a justificar a fundamentação que “referida regra de impenhorabilidade não é absoluta, contudo, é vedada sua mitigação quando a mesma possa representar risco de lesão à subsistência do executado e de sua família.” (TJTO, Ag n.

0003809-24.2020.8.27.2700/TO, Rel. Des. Jacqueline Adorno de La Cruz Barbosa. J. 21.02.2020).

Nesse caso, não houve conflito normativo, pois, a norma incide plenamente na situação analisada. Essa linha de interpretação foi seguida nos julgados Ag n. 0003546-89.2020.8.27.2700/TO, de 09.06.2021, Ag n. 0002027-45.2021.8.27.2700/TO, de 09.06.2021, 0028898-35.2019.8.27.0000/TO, de 14.04.2020, Ag n. 0007126-30.2020.8.27.2700/TO, de 26.08.2020.

Quando se trata de matéria criminal, a discussão quanto à ponderação alcança outros contornos⁴. O fato é interessante porque, com o advento do pacote anticrime instituído pela Lei 13.964/2019, ocorreu mudanças substanciais no art. 315 do CPP, trazendo expressamente que a decisão judicial que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada, inclusive com repetição, no § 2º do supracitado artigo, das normas do art. 489, § 1º, do CPC. Contudo, apesar de o dispositivo estar voltado para as prisões preventivas, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, conforme o comando constitucional e à garantida da própria jurisdição (LIMA, 2020, p. 1092).

Ao julgar a petição criminal abaixo exposta, chegou-se à conclusão que a melhor técnica para solucionar a questão era a aplicação da ponderação. Nesse caso, apesar de não haver muita profundidade nas bases que servem de motivação da decisão, observou-se maior preocupação na aplicação da técnica, como visto no trecho abaixo, no qual o relator asseverou que:

No juízo de ponderação, exige-se que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema (Adequação – *Geeignetheit*), que não haja outro meio menos danoso e igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendido (Necessidade – *Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) e que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução (Proporcionalidade em Sentido Estrito – *Stimmigkeitskontrolle*).

Entendo que a medida é devidamente adequada, uma vez que esta é perfeitamente útil para a garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. Também é necessária, por ser, dentro dos limites do caso concreto, a forma menos gravosa para garantir o resultado almejado, não havendo outra medida com igual eficácia (TJTO, Petição Criminal n. 0022506-79.2019.827.0000, Rel. Des. Eurípedes Lamounier. J. 25.11.2019).

⁴ A natureza da decisão não influenciará de forma preponderante no que tange à aplicação da ponderação, pois, apesar de positivada no ordenamento dentro do diploma processual civil, seguindo pela linha da Teoria Geral do Processo, e, principalmente, pela envergadura constitucional dos postulados normativos utilizados como vetores de interpretação, é possível utilizar a ponderação em qualquer tipo de processo.

Esse mesmo modelo de fundamentação foi repetido nos julgados HC n. 0031564-54.2019.827.9200/TO, de 13.12.2019, HC nº 0006083-58.2020.8.27.2700/TO, de 09.06.2020 e Ag nº 0005609-87.2020.8.27.2700/TO, de 02.09.2020, isto é, a proporcionalidade foi aplicada e invocadas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito como motivação da decisão.

Assim, mesmo fazendo uso do postulado da proporcionalidade, a técnica da ponderação foi aplicada com fundamentos genéricos, deixando de lado a preparação, realização e reconstrução da ponderação. A simples menção à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não é capaz de constituir alicerce à decisão. O que se exige é que o intérprete adentre em cada um desses pontos e demonstre a compatibilidade fática que permite afastar essa ou aquela norma, pois “a interpretação nunca está ligada à vontade única do intérprete, mesmo se fosse ele o titular de um poder supremo” (GROSSI, 2021, p. 9).

Na seara criminal, a motivação pode ser mitigada, pois, a própria doutrina sustenta que, em relação à pena, sendo essa fixada no mínimo, a carência de motivação não resultará em nulidade, pois não haverá prejuízo. Porém, mesmo assim, ao utilizar o princípio da proporcionalidade, que tem vasta aplicação ao sistema processual como um todo, o intérprete deve observar a adequação entre os meios e fins, de modo a explicitar no caso concreto os motivos que o levaram ao caminho percorrido (DINARMCO, BADARÓ, LOPES, 2020, p. 102 - 107).

Dessa forma, os fundamentos da decisão não podem se resumir às alegações que decorrem da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito sem estabelecer um vínculo com a situação fática, pois, não basta o simulacro de fundamentação, “não é qualquer palavreado do julgador que se pode ter, para o Código, como fundamento da decisão judicial. A sentença só será havida como fundamentada quando sua motivação se apresentar como *adequada* lógica e juridicamente” (Grifo do autor. THEODORO JÚNIOR, 2020, p. 1332).

Por tudo isso, dentre os julgados analisados, dos quais se extrai que foi utilizada a técnica da ponderação de normas, observou-se a insuficiência de elementos capazes de tornar essas decisões fundamentadas de acordo com o que determina a lei processual.

A ponderação de normas (regras e princípios) foi criada para solucionar um problema jurídico que emergiu com o pós-positivismo, buscando estabelecer alicerces seguros para que o intérprete possa fornecer ao caso concreto uma solução adequada sem incorrer em autoritarismo e, também, criar mecanismos de controle endo e extraprocessual. Contudo, se utilizada de forma inadequada, a técnica pode servir apenas de engodo aos ditames pessoais.

Assim, a partir de um juízo indutivo, pode-se dizer que a utilização da ponderação de normas no âmbito no Pleno do Tribunal de Justiça do Tocantins, seguindo a diretriz do art. 489, §2º, do CPC, não está ocorrendo de forma a proporcionar a segurança jurídica e o Estado de Direito, isto é, apesar de nítida percepção de esforços na construção de bases para aplicá-la, a exemplo do que foi observado com o postulado da proporcionalidade, ainda carecem de mecanismos objetivos que possam de fato estabelecer a dissociação da matriz jurídica aplicada em cada situação concreta, de forma a legitimá-la.

Como visto, as decisões buscam fundamentos nos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade, assim como sopesam normas e elegem princípios como de maior relevância. Tudo isso segue as diretrizes básicas da ponderação, porém, a falta de individualização exigida para superação dos requisitos mínimos da técnica, afastam as fundamentações judiciais analisadas do que é estipulado pelo ordenamento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, ao florescer da aurora jurídica dos novos tempos, festejamos, no ordenamento brasileiro, a proeminência dos princípios em meio ao sistema outrora hermético da *civil law*.

Porém, na mesma intensidade que chegam os benefícios da abertura do sistema proporcionada pelo *status* de normatização dos princípios, a amplitude do alcance dessas normas pode resultar em problemas de segurança jurídica e afetar as bases do ordenamento.

A existência do Estado de Direito e a ideia de jurisdição pressupõe a integralidade e confiança no sistema jurídico, que, por sua vez, deriva da consolidação social das normas, dentro da concepção genérica que engloba princípios e regras, constituindo, assim, o vetor básico para fazer valer a própria constituição da sociedade organizada.

Esse ciclo deve ser contínuo e íntegro, pois, ao sofrer rupturas em sua formação, sofrerá dissonâncias que podem desestabilizar os mecanismos constitutivos da sociedade e ensejar na falência das instituições.

É essa integração entre normas com espectro variado de abertura que estabilizam o sistema jurídico a ponto de poder corresponder às expectativas sociais. Porém, para situações conflito, o legislador positivou a técnica da ponderação, que já era defendida pela doutrina e utilizada pela jurisprudência.

Assim, o Poder Judiciário passou a utilizar a mencionada técnica, desde a vigência da atual legislação processual civil, nos moldes estabelecido no art. 489, §2º, do CPC. É desse

artigo que se extrai a obrigação de fundamentação das decisões judiciais, em consonância com a norma dos art. 93, IX, da CF/88 e art. 20 da LINDB.

A análise da utilização dessa técnica no âmbito das decisões do Pleno do Tribunal de Justiça do Tocantins, demonstrou que não há uniformidade dos alicerces que resultam na motivação dessas decisões.

Como foi exposto ao longo desse trabalho, uma das formas de corrigir os problemas relacionados quanto à ponderação é a aplicação de princípios constitucionais densificados ao caso concreto, a exemplo da proporcionalidade e da razoabilidade.

Observou-se que nas decisões analisadas ocorreu apenas a genérica menção a postulados normativos, sem que houvesse uma demonstração efetiva com a situação concreta, ensejando apenas a utilização do argumento de autoridade de que um direito tem mais importância que outro.

A ponderação entre normas não pode ser resumida à alegação de que no caso concreto é proporcional e razoável aquela ou esta decisão. É crucial que a fundamentação considere a situação fática e todas as consequências jurídicas que conduzem ao fim pretendido, esse, inclusive, é o espírito que deve conduzir o intérprete no sopesamento entre razões e contrarrazões.

No caso específico das decisões analisadas, mesmo constatando que em algumas delas foi utilizado expressamente como fundamento o postulado da proporcionalidade, inclusive com menção à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a decisão não preenchia os requisitos necessários para ser considerada fundamentada, pois, não havia a compatibilização dos argumentos elencados com a situação fática posta.

É nesse sentido que se afirma a importância acerca das discussões em relação aos requisitos necessários à validade da aplicação da técnica da ponderação. É um mecanismo poderoso à disposição do intérprete, pois possibilita grande possibilidade de interpretação em situações difíceis, porém, sem balizas e requisitos objetivos que permitam o controle da atuação jurisdicional, pode resultar em autoritarismo, passando de eficaz remédio à veneno mortal.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da ponderação à brasileira. **Revista de Processo**. vol. 269, p. 109 – 138, jun. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como fundamentação jurídica. 5 ed., Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. téc. e apresentação Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed., 4 tir., Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. Col. Teoria & Direito Público.

AUGSBERG, Ino. A desunidade da razão na multiplicidade de suas vozes: a teoria da ponderação e a sua crítica como um programa jurídico-teórico. Trad. Pedro Henrique Ribeiro. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coord.). CAMPOS, Ricardo (Org. Trad.). **Crítica da ponderação**: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016. 19-35 p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6 ed., Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Agravo de instrumento n. 0000911-24.2019.827.0000/TO**, Rel. Des. Maysa Vendramini Rosal. J. 16.04.2019).

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Agravo de instrumento nº 0003809-24.2020.8.27.2700/TO**, Rel. Des. Jacqueline Adorno de La Cruz Barbosa. J. 24.06.2020).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Mandado de Segurança Cível n. 0003813-27.2021.8.27.2700/TO**, Rel. Des. Adolfo Amaro Mendes. J. 17.02.2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Petição Criminal n. 0022506-79.2019.827.0000**, Rel. Des. Eurípedes Lamounier. J. 25.11.2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de Instrumento n. 0036984-08.2006.4.01.0000**, Quinta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian. Dje. 04.07.2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0012717-93.2007.4.03.6106/SP**, 6ª Turma, Rel. Min. Luís Antônio Johonsom Di Salvo. Dje. 31.05.2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n. 5014076-20.2011.4.04.7200**, Terceira Turma, Rel. Min.ª Marga Inge Barth Tessler. Dje. 17.10.2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n. 5016263-16.2014.4.04.7200**, Terceira Turma, Rel. Min.ª Marga Inge Barth Tessler. Dje. 17.10.2017.

BREYNER, Frederico Menezes. Confiar e interpretar: a manutenção das expectativas normativas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. vol. 13, n. 1, p. 110 – 122, jan./abr. 2021.

CARLI, Vilma Maria Inocência. **Teoria do direito**: um conceito em evolução. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. v. III.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica constitucional**. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: volume 1, parte geral. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. II.

GROSSI, Paolo. Da interpretação como invenção: a redescoberta pósmoderna do papel inventivo da interpretação. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. vol. 13, n. 1, p. 02 – 10, jan./abr. 2021.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, princípio da proporcionalidade e direitos fundamentais. In: MARGRAF, Alencar Frederico; LAZARI, Rafael de (Org.). **Hermenêutica constitucional**: desafios para uma interpretação efetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 173-199 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. Único v.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019 (Coleção Eduardo Espíndola, Org. Fredie Didier Jr.)

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**: curso completo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 11 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. A segurança jurídica nos tempos do neoconstitucionalismo. In: AZAR FILHO, Celso Martins; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da (Org.). **Direito constitucional no terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2010. 155-185 p.

SA, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. BALLY, Charles; SECHEHAYE Albert (Org.), RIEDLINGER, Albert (Colb.). Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed., 7. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico. In: LUCAS, Douglas Cesar; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L. (Org.). **Olhares hermenêuticos sobre o direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2007. 327-398 p. (Coleção Direito, Política e Cidadania).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Volume I.