

**A Proporcionalidade em Robert Alexy e o
Ativismo Judicial no Estado Democrático Brasileiro**

Proportionality and Judicial Activism under Brazilian Democrat Regime

*Camila Antunes Notaro*¹

Resumo

A conquista da normatividade dos princípios após a Constituição da República de 1988 acarreta, muitas vezes, um conflito entre eles. Cabe ao julgador buscar a implementação desses, o que requer a atividade de ponderação, ancorada na regra da proporcionalidade. Por meio do método dedutivo de abordagem, o presente estudo aborda a relação existente entre a utilização da proporcionalidade pelo aplicador do direito e o fenômeno do ativismo judicial. Para tanto, bucar-se-à apoio em doutrinas da filosofia do direito e do direito constitucional. Ao final, após a utilização das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, conclui-se que há um uso indistinto da regra da proporcionalidade, que ao ser empregada sem o devido rigor metodológico que lhe é inerente, acaba por servir de fundamento a decisões partidarizadas, que apenas expressam a opinião pessoal do julgador. Propõe-se, assim, que a proporcionalidade seja utilizada como técnica argumentativa e não como idéia genérica.

Abstract

After the Constitution of 1988, the constitutional principles are seen as immediate binding legal norms, which many times can cause conflict between them. Courts are expected to implement all of those principles, in a balanced exercise between them based on the proportionality rule. This paper, through the deductive reasoning methodology, analyses the relationship between the proportionality rule and judicial activism. To do so, research is based on studies of constitutional law and philosophy of law. At the end, after using the document and bibliographical technics, the paper concludes that the proportionality rule is sometimes used without its necessary strict boundaries, which ultimately causes an improper use of such rule to substantiate partisan judicial decisions, which express no more than the personal view of the decision maker. As a conclusion, it is proposed that the proportionality

¹ Mestre em Estudos de Linguagens pelo CEFET-MG. Mestranda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito Pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professora Visitante dos Cursos de Especialização em Administração Pública da Fundação João Pinheiro em Direito Administrativo e Gestão Pública. Ex-Professora Assistente de Direito Constitucional I no Centro Universitário Newton Paiva. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Instituto de Investigação Científica Constituição e Processo. Servidora Pública do Estado de Minas Gerais. Ex-Procuradora-Chefe da Agência Reguladora dos Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais – ARSAE/MG.

rule should be used solely as an argumentative technic, and not as a general idea.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Ponderação. Ativismo Judicial. Princípios. Regras.

Keywords: Proportionality rule. Balancing. Judicial activism. Principles. Rules.

1 INTRODUÇÃO

A positivação dos direitos fundamentais pela Constituição da República de 1988 e de seus princípios correlatos, traz como consequência lógica a aplicação concomitante de todos eles. Tendo matizes variadas e protegendo direitos distintos, não é de se surpreender que esses princípios, por diversas vezes, entrem em aparente conflito.

Na busca de convivência harmônica dos princípios dentro do ordenamento jurídico, deve o aplicador do Direito buscar a máxima efetividade dos princípios constitucionalmente consagrados. Para tanto, lança-se à atividade de ponderação, segundo a regra da proporcionalidade.

Entretanto, o uso indistinto dessa máxima, sem uma fundamentação detalhada, pode gerar decisões solipsistas, levando ao ativismo judicial. Para alguns, esse fenômeno pode comprometer a legitimidade democrática, já que membros do Poder Judiciário acabam por desempenhar certo poder político, sem terem sido eleitos para tanto.

Neste trabalho, analisa-se a regra da proporcionalidade e sua relação com o ativismo judicial, dando ênfase a que a primeira seja utilizada como técnica de decisão jurídica, propiciando aos litigantes que se encontrem em situações de colisões de direitos, o conhecimento de todo o raciocínio utilizado na solução da demanda.

Inicialmente, far-se-á uma breve excursão sobre a diferenciação entre princípios e regras, na teoria de Robert Alexy, visando subsidiar o estudo da proporcionalidade.

Tendo esta diferenciação clara, analisa-se pormenorizadamente a regra da proporcionalidade, para, então, cotejar esta como causa do ativismo judicial.

Ao fim, defende-se que o Judiciário, em decisões que envolvam a ponderação, deve demonstrar uma argumentação racional, com fundamentos normativos que dêem suporte suficiente ao decidir, sempre analisando as sub-regras da proporcionalidade e explicitando os princípios em conflito, e não apenas se apoiando na idéia genérica que essa regra traz.

2 PRINCÍPIOS E REGRAS EM ALEXY

A conquista de normatividade pelos princípios, alcançada após sua separação do Direito Natural, contribuiu para a superação da concepção positivista, presa a um modelo de regras. Nesse sentido, passaram a integrar, assim como aquelas, o conceito de norma jurídica, igualmente dotados de conteúdo deontico.

Alexy, tomando por base as considerações de Dworkin, afirmou serem os princípios mandamentos de otimização, podendo ser satisfeitos em variados graus. Por isso, os princípios seriam normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível.

De acordo com Ávila:

Daí a definição de princípios como deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos. (ÁVILA, 2005, p. 30)

Alexy apresenta sua distinção fundamental entre regras e princípios:

[...] os princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (...) por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e juridicamente (ALEXY, 1998, p.12)

Alexy discorda do modelo do tudo ou nada para aplicação das regras como Dworkin porque admite que a colisão entre elas pode ser solucionada com o estabelecimento de uma exceção a essa regra, ao invés de invalidar uma delas. Para ele, no caso de colisão entre princípios a solução é dada pela ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, prevalecerá, naquela circunstância concreta.

Nesses termos, a teoria dos princípios de Alexy relaciona-se à regra da proporcionalidade, especialmente à proporcionalidade em sentido estrito, mas, como explicita

Marcelo Neves (2013), não apenas à essa, já que as duas primeiras sub-regras da proporcionalidade- adequação e necessidade- decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização, em face das possibilidades fáticas. O eminente professor da Universidade de Brasília (UnB), no mesmo trabalho, chama a atenção para o fato de que a proporcionalidade assim tratada, associa-se a um conceito já consolidado na Alemanha na época em que Alexy elaborou sua tese.

3 REGRA DA PROPORCIONALIDADE

Virgílio Afonso da Silva (2002) diz que apesar de, no Brasil, o termo mais difundido seja “princípio” da proporcionalidade, tal designação não é a mais adequada. Isso porque, de acordo com a classificação proposta por Alexy, a proporcionalidade não se enquadraria como princípio, já que não produz efeitos em variadas medidas, devido à sua aplicação constante e sem variações. Para o constitucionalista paulista o termo mais apropriado seria “regra da proporcionalidade”.

Entretanto, adverte o autor:

Não é possível, todavia, fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em princípio da proporcionalidade, o termo “princípio” pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo “princípio”, não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraposto a regra jurídica. Não há como querer, por exemplo, que expressões como “princípio da anterioridade” ou “princípio da legalidade” sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo “princípio”, qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso. (SILVA, 2002, p. 27)

Ele não pretende, contudo, uniformizar a utilização do termo “princípio” mas sim deixar claro que, dentro da distinção entre regras e princípios desenvolvida por Alexy, tal termo não tem o mesmo significado.

Outra questão terminológica importante é a diferenciação entre proporcionalidade e razoabilidade já que, não raro, encontram-se referenciados como sinônimos. Segundo Virgílio Afonso da Silva a tendência em confundir os mencionados termos pode ser observada tanto na jurisprudência do STF como em trabalhos acadêmicos, como o fazem Luís Roberto Barroso e Suzana de Toledo Barros, para os quais o princípio da proporcionalidade seria o nome dado pela doutrina alemã ao princípio da razoabilidade na doutrina americana.

Para ele, os institutos se diferenciam tanto em sua origem quanto em sua estrutura. Em que pese alguns autores afirmarem que ambos tiveram origem com a Magna Carta de 1215, na verdade o interesse da doutrina inglesa pela proporcionalidade só se deu em 1998, com a adoção do Human Rights Act. Antes disso, no cenário inglês falava-se apenas em irrazoabilidade, que era identificada como condição para rejeição de atos estatais, após decisão judicial proferida em 1948.

Quanto à estrutura, diz-se que a razoabilidade estabelece uma relação de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Já a proporcionalidade possui três sub-regras, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, “a razoabilidade corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade”. (SILVA, 2002, p. 27)

Dessa forma, diante de um ato estatal que limite direitos constitucionalmente protegidos, em nome de outros direitos igualmente consagrados pela Constituição, a proporcionalidade permite otimizar a aplicação de ambos.

Como já mencionado, a proporcionalidade é estruturalmente mais complexa que a razoabilidade e apresenta três sub-regras que devem ser analisadas em sequência e de forma subsidiária umas às outras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nem sempre será necessário analisar todas as três sub-regras, desde que o caso já tenha sido resolvido com a análise de uma ou duas delas, como adverte Virgílio Afonso da Silva:

A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve *sempre* proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. (SILVA, 2002, p. 34)

Por *adequação*, entende-se aquilo que é apto a alcançar o resultado pretendido. Alexy assim resume esse elemento:

Se a medida estatal M1 não se mostra apta a produzir o fim F, que é exigido pelo princípio P1, que fundou a atuação do Estado, o simples fato de M1 atingir negativamente, em qualquer medida, a realização do princípio P2, estará devidamente justificada a fulminação da medida adotada. (ALEXY, 1997, p. 114)

Nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 364), “o meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado”.

Entretanto, de acordo com Virgílio Afonso da Silva, tal definição está equivocada, pois, derivou-se da tradução imprecisa do termo em alemão “fördern”, cuja melhor tradução é “promover”. Assim, para ele, adequado não seria apenas o meio apto a alcançar o resultado pretendido, mas também o meio pelo qual a realização do objeto é promovida.

Já *necessidade*, para Alexy, ocorre quando:

O Estado fundamenta, no princípio P1, a busca do fim F e existem duas medidas, M1 e M2, igualmente adequadas a promover o fim desejado, então será indiferente a P1 a eleição do meio, não sendo, porém, indiferente a P2, que é o princípio atingido pela atuação do Estado. A necessidade de otimização de P2 leva ao reconhecimento da inconstitucionalidade da medida que atinge esse princípio. (ALEXY, 1997, p. 122)

Conforme Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 366), a necessidade significa que “nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos”.

Por último, cumpre definir a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, que é conceituada por Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 41) como “o sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância de realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.

Nos dizeres de Daniel Sarmento, há aqui um raciocínio baseado na relação custo-benefício da norma avaliada, isto é, o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício (bônus) que pretende gerar. De acordo com o mencionado autor:

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não realização de um direito fundamental. (...) para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. (SARMENTO, 2000, p. 89)

Dessa forma, no caso de conflito entre direitos cabe ao aplicador verificar, no caso concreto, qual direito deve ser preservado, tendo em vista qual deles geraria maiores benefícios à comunidade.

Nesses termos, de acordo com Alexy (1997, p. 161), deve ser observada a Lei da Ponderação, ou seja, “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”.

Para tanto, o autor alemão estabelece três passos: definir o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio; definir a importância da satisfação do princípio que joga em sentido contrário; e, por último, definir se a importância da satisfação do princípio contrário justifica a afetação ou não satisfação do outro.

Assim, a teoria Alexyana, nos dizeres de Bernardo Gonçalves Fernandes (2010, p. 196) “desenvolve a “crença” de que usando desse método ora analisado (critério da proporcionalidade) seríamos capazes de assegurar decisões dotadas de racionalidade, evitando-se assim, o decisionismo, bem como a incerteza e a insegurança”.

É possível encontrar na doutrina várias críticas à ponderação com base na regra da proporcionalidade, que vão desde a afronta à separação dos poderes a abertura para decisões dotadas de arbítrio ou preferências pessoais dos juízes.

Gilmar Mendes adverte que:

[...] a utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso pode estimular o constitucionalista e, mormente, a Corte Constitucional ou o órgão que desempenha função análoga a arrogar poderes que, efetiva ou aparentemente afetam a esfera de competência dos demais órgãos constitucionais. (MENDES, 2004, p. 40)

Álvaro Ricardo Souza Cruz (2004) faz objeções à cada uma das sub-regras da proporcionalidade. Segundo ele, pela exigência de adequação, na medida em que o juiz tem que analisar se uma norma é apta a seu fim, confunde-se a função jurisdicional com a legislativa. A exigência da necessidade também faz com que os poderes Judiciário e Legislativo se confundam, já que o primeiro tem que se colocar como legislador para aferir se há ou não medida menos gravosa a ser aplicada. Já a ponderação em sentido estrito, faz com que o julgador assumira postura axiológica, ao analisar o que vale mais.

4 ATIVISMO JUDICIAL

Para Lênio Luiz Streck, (2013) o ativismo é um comportamento do juiz, que consiste em substituir os juízos morais e políticos pelos seus próprios.

Alerta o autor para a distinção entre ativismo judicial e judicialização, significando essa última a decisão de questões de grande repercussão política ou social pelo Judiciário, ao invés do Legislativo e Executivo, como tradicionalmente ocorre.

Daí afirma que enquanto a judicialização constitui uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado no Brasil, o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha pelo exercício de vontade política:

Se verificarmos bem, veremos que a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. Ocorre na maioria das democracias. O problema é o ativismo, que, para mim, é a vulgata da judicialização. Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas). (STRECK, 2013, p. 5)

O ativismo judicial teve origem na jurisprudência norte-americana, tendo num primeiro momento, natureza conservadora. Um exemplo desse ativismo conservador pode ser lembrado na decisão da Suprema Corte Americana, de 1857, no caso *Dred Scott v. Sanford*, na qual ficou decidido que pessoas com ascendência africana, mantidas como escravas nos Estados Unidos e também seus descendentes, sendo ou não escravos, não eram protegidos pela Constituição Americana e jamais poderiam se tornar cidadãos daquele país.

Posteriormente, a partir da década de 1950, a Suprema Corte passa a produzir jurisprudência progressista. Cite-se como exemplo a decisão no caso *Brown v. Board of Education*, de 1954. Nessa decisão a Corte declarou inconstitucional as leis estaduais que separavam as escolas por estudantes negros e brancos.

Barroso leciona que o ativismo caracteriza-se por uma série de condutas, que culminam na maior interferência do Judiciário no Executivo e Legislativo:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matérias de políticas públicas. (BARROSO, 2008, p. 1)

No que tange à declaração de inconstitucionalidade como característica do ativismo na visão de Barroso (2008), cabe mencionar o pensamento de Streck (2013) a respeito, para

quem tal fato não tem correlação direta com o ativismo judicial. Para ele, se há uma lei inconstitucional, o fato de ser assim declarada é condição de possibilidade da democracia, não podendo tal atitude ser taxada de ativista.

Aqueles que defendem o ativismo judicial procuram fundamentá-lo na necessidade de aplicação direta da Constituição, para expandir seu alcance e lhe dar efetividade plena, associando-o à concretização dos fins constitucionais.

Já quanto à imposição de condutas ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, vê-se que vários Estados gastam mais do que o previsto em seus orçamentos à saúde e educação, para cumprirem ações judiciais de acesso à remédios ou à escolas.

De acordo com Streck (2013,) em São Paulo, no ano de 2011, a Secretaria Estadual de Saúde gastou com medicamentos, por conta de condenações judiciais, R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões a mais que o previsto no orçamento.

Por não terem conhecimento de questões específicas, como a gestão de recursos públicos, por exemplo, alguns juízes acabam por prolatar decisões menos eficazes. Dessa forma, a pretexto de obrigar determinado Ente a, por exemplo, custear certas práticas médicas, acaba-se por comprometer o orçamento em outras ações que deveriam ser executadas com aquele recurso, como segurança e educação.

Aqueles que militam em favor da prática ativista, defendem ser essa uma forma de se atender às demandas da sociedade, ainda que seja feito por um Poder- o Judiciário-, diverso daquele legitimado para tal – o Legislativo. Procuram, ainda, fundamentá-lo na necessidade de aplicação direta da Constituição, para expandir seu alcance e lhe dar efetividade plena, associando-o à concretização dos fins constitucionais.

Entretanto, o ativismo judicial, de acordo com Barroso merece algumas críticas. A primeira delas é o risco que o fenômeno pode gerar para a legitimidade democrática, na medida em que os membros do Poder Judiciário acabam por desempenhar certo poder político, sem terem sido eleitos para tanto.

Segundo ele:

Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não

podem presumir demais de si próprios-como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, suas vontades (...). (BARROSO, 2008, p. 7)

Dessa forma, o Judiciário ao interpretar a Constituição, deve respeitar os valores nela previstos e contribuir para a promoção de seus fins, preservando, assim, a democracia.

Outra objeção feita pelo eminente Ministro ao ativismo judicial refere-se ao risco de politização da Justiça, no sentido de se admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. Os juízes devem respeitar as decisões tomadas pelo legislador, não podendo agir por vontade política própria.

Por fim, Barroso aponta a falta de capacidade institucional do judiciário, já que pelo modelo da separação de Poderes, as funções estatais de legislar e julgar foram atribuídas a órgãos distintos. Em que pese nos caos de divergência na interpretação de normas constitucionais ou legais caber ao Judiciário a decisão a respeito, tal não legitima a superioridade daquele Poder, nem o habilita a decidir sobre toda e qualquer matéria que se lhe apresente.

O que ocorre é que, determinadas decisões, proferidas em processos individuais, podem representar grandes impactos na prestação de um serviço público ou em certo ramo da economia. Por não ter conhecimentos técnicos e científicos suficientes, o juiz acaba por decidir de forma emocional, comprometendo a legitimidade da decisão.

5 PONDERAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

O protagonismo judicial que vem ocorrendo no Brasil pode ser encontrado tanto nas decisões de primeira instância quanto nos tribunais superiores, principalmente na mais alta corte do País, o Supremo Tribunal Federal (STF), que via interpretação conforme acaba por alterar a própria vontade do legislador.

Exemplo claro dessa situação é a regulamentação das uniões homoafetivas que, em que pese nunca ter sido tratada pelo Congresso, acabou sendo regulamentada pelo STF. Apesar de o dispositivo constitucional trazer expressamente consignado o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, no julgamento da ADPF 132, o Supremo, por interpretação conforme excluiu qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

O que se tem visto é que, visando atender aos vários setores sociais, o STF vem julgando por políticas, haja vista a atuação da Suprema Corte nos casos que envolveram a atividades de pesquisas com células - tronco e a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos.

O ponto comum em todas as decisões do Poder Judiciário que revelam o ativismo é o pretexto de se estar aplicando a ponderação baseada na regra da proporcionalidade, tal como idealizada por Alexy. Assim, e ainda, amparados pelo princípio do livre convencimento, magistrados e ministros decidem de forma subjetiva e política.

A dificuldade em se definir o que é proporcional e o que não o é, aumenta o grau de subjetivismo das decisões judiciais, o que leva à insegurança social. Nesse sentido, a principal função da regra da proporcionalidade é fazer com que os envolvidos em situações de colisões de direitos possam conhecer todo o raciocínio utilizado até se chegar à solução da demanda.

O professor Gustavo Ferreira Santos (2004), em excelente trabalho, analisou 142 decisões do Supremo Tribunal Federal nas quais o termo “proporcionalidade” fora citado. Concluiu ele que a maioria não dizia respeito à regra da proporcionalidade como instrumento de interpretação de direitos fundamentais, mas a uma noção geral de proporcionalidade que perpassa todo o ordenamento.

Nas decisões analisadas, constatou-se a ausência de uma fundamentação segura, bem como a falta de indicação dos direitos constitucionais em conflito, que justificasse a restrição imposta.

Na mesma esteira, em dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), sob a orientação do professor Virgílio Afonso da Silva, Bruno Ramos Pereira (2009) analisou o uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF), mais especificamente, por meio de 22 (vinte e dois) votos do Ministro Gilmar Mendes, entre 2004 e 2006. O objetivo da pesquisa foi entender como os Ministros do STF vêm usando a proporcionalidade e a eventual influência dessa utilização para o Tribunal.

Dos votos analisados, concluiu que em apenas 4 (quatro) deles Gilmar Mendes conceituou “proporcionalidade” e justificou seu uso no caso concreto. Por isso, o autor critica a atuação do Ministro que, em que pese ter larga produção acadêmica à respeito do tema, defendendo a relevância do uso do instrumento, não transferiu ao momento de decisão a carga teórica produzida anteriormente.

Assim, para ele:

(...) pode-se dizer que o lapso encontrado em algumas decisões do Ministro em que não há a devida descrição de qual seja esse mecanismo, conduz a uma diminuição da legitimidade de sua decisão. Adicionalmente a isso, em alguns casos, o Ministro Gilmar Mendes não utilizou os conceitos que havia trabalhado em seus textos acadêmicos, fazendo um uso superficial da proporcionalidade, ao simplesmente afirmar que certa norma não é proporcional (ADI 1351/DF, 2006 – caso da “cláusula de barreira”) ou que certa norma é proporcional (ADI 2868/PI, 2004, caso dos precatórios). (PEREIRA, 2009, p. 91)

Por fim, Pereira (2009) conclui que a utilização da proporcionalidade influencia negativamente a atuação do Tribunal, que deveria, nos momentos de desacordo, enfrentar exaustivamente o debate sobre aquele critério.

Observe-se que não se pode pretender afastar por completo a política do direito nem tampouco acreditar na neutralidade absoluta do julgador. A linha divisória entre o direito e a política é tênue, já que o direito é fruto da vontade da maioria e, quando aplicado, não se dissocia da realidade política do país.

Além disso, os juízes são seres sociais, com desejos, concepções e pensamentos próprios, o que torna difícil, ou praticamente impossível, que suas decisões não contenham juízos de valor sobre as questões que se lhes submetem.

A decisão, assim, não é necessariamente racional nem de todo objetiva, mas a argumentação deve sim, preencher essas duas características, demonstrando que o magistrado seguiu um caminho justificável dentro da lógica do sistema. O aplicador do direito deve recorrer a técnicas argumentativas que explicitem claramente o raciocínio silogístico que o levou à decisão.

Nem todas as dimensões dos direitos fundamentais dizem respeito ao Judiciário. Atribuir a ele o poder de dar a última palavra sobre todas as demandas, numa sociedade plural, implica no esvaziamento do processo democrático. Isso porque, ao invés de se mobilizarem politicamente para conseguir mudanças sociais, as pessoas acabam por dirigir suas reclamações diretamente ao Poder Judiciário.

Nos dizeres de Gustavo Amaral:

O Judiciário precisa exercer sua função de forma controlada, para evitar que a posição à qual ele foi alçado com a revisão judicial da legislação transforme-se em empecilho para a vida política de um país, ou até mesmo que ele seja submetido a pressões incompatíveis com suas funções. (AMARAL, In: TORRES, 1999, p. 112)

Nesse sentido, o Judiciário deve, muitas vezes, assumir uma postura de autocontenção, como forma de garantir o espaço democrático da decisão.

Para que o uso da regra da proporcionalidade não aconteça de forma equivocada e dando abertura às decisões ativistas, cabe ao juiz explicitar na decisão os direitos conflituosos, bem como a justificativa das sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito que foram utilizadas para se chegar à conclusão de que um princípio deveria prevalecer sobre o outro no caso concreto.

6 CONCLUSÃO

No contexto de normatividade dos princípios, esses adquirem importância fundamental na busca de garantia e efetividade aos direitos constitucionalizados, que não raras vezes entram em conflitos. Assim, para justificar sua decisão em demandas que envolvam colisões de direitos, o intérprete precisa apoiar sua decisão em uma argumentação sólida, convincente, acessível aos destinatários da decisão.

A regra da proporcionalidade, aplicada pelo instrumento da ponderação de princípios, é utilizada nesses casos então, como forma de se assegurar decisões dotadas de racionalidade, evitando-se assim, o decisionismo, e a insegurança.

Entretanto, sob a justificativa de sua utilização, esse critério tem sido aplicado de forma genérica, dando margem às decisões dotadas de um alto grau de subjetivismo.

Isso tem levado à expansão do judiciário, num fenômeno que se convencionou chamar de ativismo judicial. Nele, as fronteiras do Legislativo se confundem com as do Judiciário, na medida em que os intérpretes da lei passam a substituir o órgão de participação democrática, sob o pretexto de atendimento às demandas da sociedade.

O Judiciário não pode impedir a mobilização política do país e é exatamente isso que ocorre no ativismo. O espaço adequado para as reivindicações sociais, qual seja, o Legislativo, fica esvaziado pela atuação exacerbada do Judiciário, que passa a acolher e decidir todas as demandas que se lhe apresentam.

O Poder Judiciário deve ter sua atuação pautada pelo respeito à vontade pré-estabelecida do legislador, que é o legítimo mandatário da vontade popular e que já o precedeu numa ponderação de princípios a amparar as regras positivadas.

Ao se utilizar do critério da proporcionalidade para justificar sua decisão, o magistrado deve utilizá-la como instrumento argumentativo, amparado por normas válidas dentro do sistema e não como um simples jogo de palavras, apto a justificar seu posicionamento pessoal.

Para tanto, deve deixar claro o caminho silogístico que percorreu até concluir que determinado princípio deveria prevalecer sobre outro no caso analisado, explicitando as sub-regras da proporcionalidade. Só assim se garantirá a legitimidade da decisão e a segurança jurídica que a mencionada regra visa promover.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Derecho y razón práctica**. 2. ed. México: Fontamara, 1998.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 06 jul. 2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional e democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

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

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade e direitos fundametais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

PEREIRA, Bruno Ramos. **O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 91, v. 798, abr. 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 03 jun. 2014.

_____. **O que é isto, o ativismo judicial em números?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 03 jun. 2014.