

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Samantha Ribeiro Meyer-pflug; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-349-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Democracia. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o III Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 24 a 28 de junho de 2021, sob o tema geral “Saúde: segurança humana para a democracia”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Trata-se da terceira experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Direito ao esquecimento, ativismo judicial e discurso de ódio também estiveram presentes. Entretanto, por óbvio, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 foi o tema mais presente nas discussões.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Samantha Ribeiro Meyer-pflug

Viviane Coêlho de Séllos Knoerr

O SUBJETIVISMO NO USO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E OS RISCOS DE ATIVISMO JUDICIAL

THE SUBJECTIVISM IN THE USE OF THE PROPORTIONALITY AND THE RISKS OF JUDICIAL ACTIVISM

Alexandre Lagoa Locatelli ¹

Resumo

O presente trabalho pretende avaliar o uso indiscriminado da máxima da proporcionalidade, especialmente nos casos em que é utilizada subjetivamente para revestir uma decisão de pretensa fundamentação. O problema está delimitado em entender se isso realmente ocorre e quais seus riscos. O método utilizado é o dedutivo, pela revisão bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros. Conclui-se que há um risco para a separação das funções do poder por conta de decisões judiciais em que a proporcionalidade aparece de forma subjetiva, uma vez que existe uma verdadeira extrapolação da função do judiciário, atuando muitas vezes até de maneira ativista

Palavras-chave: Direito constitucional, Separação das funções do poder, Máxima da proporcionalidade, Ativismo judicial, Fundamentação

Abstract/Resumen/Résumé

The present work intends to evaluate the indiscriminate use of the proportionality, especially in cases where it is used subjectively to cover a decision with an alleged foundation. The problem is delimited to understanding if this really occurs and what are the risks. It is used the deductive method, with bibliographic review of national and foreign authors. It is concluded that there is a risk for the separation of functions of power due to judicial decisions in which proportionality appears subjectively, since there is a real extrapolation of the function of the judiciary, acting even in an activist way.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: constitutional law, Separation of power, Proportionality, Judicial activism, Motivated reasoning

¹ Mestrando. Universidade Nove de Julho

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, o direito sempre teve dificuldade para encontrar a melhor solução em matéria de interpretação. Nem mesmo o grande jurista Hans Kelsen se atreveu a tentar resolver a questão, como deixa claro em seu famoso capítulo 8 da Teoria Pura do direito. Ao longo da evolução, diversas doutrinas hermenêuticas tentaram se debruçaram no tema, mas sem uma solução definitiva.

A adversidade se encontra em saber qual a margem de interpretação que o juiz deve ter, se ele é mera boca da lei ou se pode ter mais liberdade e qual o limite. A ideia da interpretação como uma moldura de quadro encontra, invariavelmente, dificuldade prática em se saber se ainda está dentro ou não dos limites.

Tal fato se deve aos problemas ocasionados por decisões que ultrapassam tais contornos. Nesse trabalho, estudaremos, especialmente, as decisões subjetivas causadas pelo uso incorreto da máxima da proporcionalidade.

Mas não só, tenciona-se demonstrar os riscos de decisões subjetivas calcadas na má aplicação da proporcionalidade, em especial aquelas que além disso também se tornam ativistas. Diz-se, assim, das decisões que invadem esfera de outras funções dos poderes.

Assim, o problema de pesquisa do presente estudo consiste em estudar se o uso incorreto da proporcionalidade pode ser instrumento para decisões subjetivas que se configurem ativistas e quais seriam seus riscos.

Para tanto, iniciaremos explicando o que é a máxima da proporcionalidade, utilizando como referencial teoria o jurista Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, um dos responsáveis pela importação da doutrina de Alexy para o Brasil.

Após, será verificado o conceito de ativismo judicial, para que se possa verificar se essas decisões subjetivas pelo uso errôneo da máxima da proporcionalidade se enquadram como ativistas.

Por fim, se analisará os riscos de tal expediente, especialmente para o arranjo constitucional da separação das funções do poder, consagrada teoria de Montesquieu que, embora não tenha estado estanque ao longo do tempo, ainda guarda grande prestígio.

Nesse sentido, o estudo procurará entender se uma decisão sem fundamentação adequada pode configurar que o Judiciário está atuando na esfera de outra função do poder, se ele estará ultrapassando a sua competência.

O trabalho se pauta no método dedutivo, pela pesquisa de doutrina nacional e estrangeira.

2 DA CONCEITUAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

Inicialmente, cabe realçar que se utilizará apenas a expressão “proporcionalidade” e não “princípio da proporcionalidade”, por ser essa a nomenclatura utilizada por Robert Alexy, o referencial teórico adotado.

Nesse sentido, em sua obra traduzida por Virgílio Afonso da Silva, é feita a explicação pelo tradutor de que, em alemão, existem dois termos: “Prinzip” e “Grundsatz”, que podem ser traduzidos grosso modo como princípio. Como Alexy não usa o primeiro para proporcionalidade e sim o segundo, ele deixa claro que para ele existe uma diferença em alcinhá-la de princípio ou, o que seria uma tradução melhor, “máxima” (ALEXY, 2011, p.10).

Ademais, pela própria teoria de Alexy seria um completo absurdo denominar a proporcionalidade de princípio, já que ele não pode ser sopesado, não há como se otimizar a proporcionalidade. Ou ela é aplicada ou não, inexistente a possibilidade de maximizar ou minimizar seu uso, razão pela qual é uma técnica e não princípio.

Superada essa questão terminológica, passa-se a verificar em que ocasião se aplica a proporcionalidade. Para tanto, há que se entender que o direito é regulado pelo gênero “normas”, que tem como espécies as “regras” e os “princípios”.

Segundo a teoria de Alexy, no caso de conflito entre duas regras, a resolução se dá no campo da validade. Portanto, o direito não teria maior dificuldade em resolver o caso concreto. Já no caso de colisão de princípios, a resolução está no campo do peso, um princípio cede, mas não deixa de valer (ALEXY, 2011, p.94).

Assim, as regras ou valem, e são, por isso, aplicáveis em sua inteireza, ou não valem, e portanto, não são aplicáveis. No caso dos princípios, essa indagação acerca da validade não faz sentido. No caso de colisão entre princípios, não há que se indagar sobre problemas de validade, mas somente de peso. Tem

prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mais importante, ou, em sentido figurado, aquele que tiver maior peso. (SILVA, 2003, P.610)

De tal modo, percebemos que as regras entram em conflito e os princípios colidem. No conflito de regras e, conseqüentemente, na sua solução falamos em “tudo ou nada” - ou a regra vale em sua integralidade ou não vale. Por meio de exceção, uma regra não valerá para aquele caso concreto.

Por exemplo, se existe uma regra dizendo que é “proibido matar”, diante do caso concreto ou se aplica a regra em sua totalidade ou não se aplica. Não existe grau de aplicação. A regra poderá ser afastada por determinação de regra, como no caso desse ordenamento prever que “em caso de legítima defesa é permitido matar”. Trata-se de uma exceção para a regra que proibia a conduta de matar. Não significa que a regra “é proibido matar” foi relativizada e sim que não foi aplicada por conta de exceção prevista.

Ainda, deve se considerar o campo de validade. Se duas regras forem contrárias há que se verificar qual não é válida para afasta-la, por meio de regras pré-definidas, como regra posterior prevalece em face da anterior.

Já no caso de princípios, se estará no campo do sopesamento; no caso concreto, um terá mais peso/valor que o outro, mas os dois continuarão a existir no ordenamento jurídico.

Os princípios não contêm um mandamento definitivo, o resultado de sua aplicação não precisa ser a totalidade do princípio em todas as ocasiões, ele pode ser diminuído ou afastado por razões antagônicas, ao contrário das regras que exigem que seja feito exatamente o que elas ordenam (ALEXY, 2011, p. 104).

Para uma regra não valer só por meio de exceção ou caso perca a validade, enquanto para os princípios não. É possível a existência de dois princípios que em um caso colidem enquanto em outro não. Eles se amoldam ao caso concreto e, mesmo que um tenha menor peso para determinado caso, continuam a valer e existir.

Imagine um caso médico de necessidade de transfusão de sangue de paciente testemunha de Jeová, é um clássico exemplo de colisão do direito à vida e liberdade religiosa. Aborto e eutanásia também são exemplos de colisão do direito à vida, de modo que até esse princípio pode ser ponderado. O direito à vida continuará existindo mesmo que em determinado caso ele fique minorado em respeito a outro princípio.

Assim sendo, a proporcionalidade aparece com maior destaque nas ocasiões em que estivermos diante de dois princípios. Por não existir uma regra de validade de qual deve prevalecer, deve ser feita, segundo o referencial teórico adotado, a análise de proporcionalidade do caso concreto.

3 DOS TRÊS SUBELEMENTOS DA PROPORCIONALIDADE

Agora que foi possível entender a diferença de solução para o conflito de normas e colisão de princípios, é possível avançar, verificando como se dá a aplicação da proporcionalidade na prática.

Na oportunidade em que o intérprete estiver diante da colisão de princípios e resolver aplicar a máxima da proporcionalidade, deverá observar que “a doutrina alemã, no desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, determinou sua decomposição em três subprincípios: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito” (SARMENTO, 2003, p. 87).

Portanto, a proporcionalidade é decomposta em três sub regras. A adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, conforme aponta vasta doutrina. (BONAVIDES, 1994, p.279-281), (BARROSO, 2015, p. 293), (ALEXY, 2011, p. 116-117).

O primeiro deles, a adequação, diz respeito a uma relação de meio e fim, ou seja, se a medida adotada tem propensão para alcançar o fim almejado. Diz-se que uma medida é adequada se ela for apta, hábil para atingir o seu objetivo. Ao contrário, uma medida que não terá como consequência aproximar-se do fim a que se destina não é adequada.

Aqui, utilizamos adequado no sentido apresentado por Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 36), que tem como sinônimo “fomentar”. Não significa que a medida precisa alcançar o objetivo pretendido e sim ajudar a chegar lá, fomentar que se chegue naquele destino, ajudar de alguma forma a obter esse resultado.

Por seu turno, a necessidade é um exame que se faz de maneira comparativa e profunda. Para que uma medida seja necessária ela precisa ser a solução menos gravosa para se alcançar a finalidade pretendida de maneira eficaz. Se houver outro modo de se

chegar ao fim perquirido, limitando menos os direitos fundamentais concorrentes, a medida não é necessária.

Suponha-se que, para promover o objetivo O, o Estado adote a medida M1, que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M2 que, tanto quanto M1, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M1, utilizada pelo Estado, não é necessária. (DA SILVA, 2002, p. 38).

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, é uma análise mais subjetiva (o que gera críticas ao uso da máxima da proporcionalidade para solução de conflitos). Busca-se aqui uma análise do custo benefício da medida, como se fosse uma balança, de um lado temos os malefícios de sua adoção e de outro os benefícios, observando qual lado pesa mais.

Será feita uma verdadeira ponderação entre o que se restringirá de direitos com a adoção da medida em contraposição com o que se auferirá com a sua adoção, vendo qual dos dois lados é mais importante.

No que tange sua aplicação concreta a doutrina alemã ainda aponta uma estrutura racional definida com a utilização desses três subelementos, que são independentes. É preciso aplicá-los exatamente nessa ordem, sendo certo que se o exame falhar em algum deles não há a necessidade de se passar ao próximo. (SILVA, 2002, p. 30)

Primeiro tem-se que verificar a adequação, depois a necessidade e só então a proporcionalidade em sentido estrito, sendo que o exame estará completo, sem necessidade de se pensar no próximo elemento, se a hipótese não for cumprida em algum desses elementos. Se ele não for adequado, não há razão para se verificar se ele é necessário ou proporcional em sentido estrito. Se for adequado, mas não for necessário, não precisa fazer o teste da proporcionalidade em sentido estrito.

Exemplificando, para melhor entendimento, suponha-se um caso quem se discuta restrição de voos comerciais internacionais durante o pico da pandemia do COVID-19.

Num primeiro passo deve-se verificar se a medida de restringir voos é adequada, ou seja, se fomenta o resultado buscado, qual seja controlar a propagação do vírus. A resposta é positiva, de fato, menos pessoas voando diminui a exposição ao vírus e a chance de leva-los para outras regiões (até de propagar novas cepas). Não é a solução definitiva para o vírus, mas ajuda no resultado.

O segundo estudo é o da necessidade. Essa medida é realmente necessária, não é possível atingir o mesmo resultado por outra medida? Em nosso entendimento sempre há um subjetivismo, mas é possível argumentar que se os voos tiverem uma ocupação menor, com distanciamento e com reciclagem do ar já irá diminuir risco de propagação. Soma-se a isso uma quarentena obrigatória para os viajantes e terá sim um modo alternativo de contenção da propagação que pode ser tão efetivo quanto a proibição de viagem, sem afetar tantas pessoas e empresas. Logo, por essa análise, deveria ser permitido a realização dos voos, com essas ressalvas. Nesse exemplo não foi necessário analisar a proporcionalidade em sentido estrito, já que o exame falhou na necessidade.

Agora vale analisar, sob a ótica da proporcionalidade medidas de *lockdown* ou maior restrição, especialmente aquelas observadas em março de 2020 e 2021 na cidade de São Paulo, nos topos das ondas da pandemia.

A medida de restrição é adequada, já que fomenta o resultado pretendido de diminuir a propagação do vírus. Com as pessoas mais tempo reclusas em casa, naturalmente o contágio cai, uma vez que o contágio se dá justamente pelo encontro entre pessoas.

No campo da necessidade, tem-se que verificar outras medidas. É absolutamente possível que vacinas e remédios evitassem *lockdown*, mas não temos pessoas vacinadas o suficiente e nem remédio aprovado a disposição de todos. Logo, essa alternativa não adianta. Ainda, mais leitos de UTI também poderia ser uma solução, mas novamente não temos essa estrutura, nem dinheiro/tempo para adota-la.

Logo, não existe nenhuma outra medida viável para evitar o lockdown no momento em que as UTIs estão praticamente lotadas. Essa é a única medida apta para frear a velocidade de propagação do vírus, de modo que possibilite abertura de leitos de UTI para novos doentes.

Quanto a proporcionalidade em sentido estrito, procura-se o custo benefício. O que vale mais, o prejuízo econômico de 15 dias com comércios não essenciais fechados ou as vidas salvas nesse período? A resposta parece um tanto óbvia, sendo certo que enquanto a economia se recupera, a vida não. Ademais, as pessoas que permaneceram vivas pela medida também fomentam a economia.

Assim, por essa análise, a medida de *lockdown* passa pelo controle de proporcionalidade e pode ser adotada.

Para finalizar, cabe apresentar um caso real, selecionado de maneira discricionária apenas para ilustrar a aplicação da máxima da proporcionalidade.

Trata-se da ação direta de inconstitucionalidade 5.139, do Estado de Alagoas (BRASIL, 2019), relatada pela Ministra Cármen Lúcia.

Nesse caso, discutia-se a inconstitucionalidade de lei que previa a obrigatoriedade de um número mínimo de cadeiras adaptadas para alunos com deficiência em sala de aula.

A lei estadual previa a necessidade de estabelecimentos de ensino, do fundamental ao superior, sejam públicos ou privados, bem como cursos de extensão, disponibilizarem cadeiras adaptadas em sala de aula, com o fito de assegurar maior acesso a esses alunos.

Desprende-se da leitura do voto que a Ministra explanou o conceito de proporcionalidade, bem como a existência das três submáximas, trechos esses desnecessários de serem colacionados para fins do presente estudo. O ponto que merece relevância é o enfrentamento do tema efetivamente pela Ministra

Quanto à adequação não houve maiores dificuldades “A imposição aos estabelecimentos de ensino da obrigação de disponibilizarem cadeiras adaptadas a esses estudantes afigura-se adequada a atingir a finalidade pretendida pela lei.” (BRASIL, 2019, p.9), posicionamento esse bem objetivo até.

Quanto à necessidade, assim entendeu a Ministra:

Revela-se desnecessária, entretanto, a determinação de que o número de cadeiras adaptadas correspondesse no mínimo ao número total de alunos regularmente matriculados em cada sala, com deficiência ou não. Isso porque o fim visado pelo diploma legal poderia ser alcançado se o número mínimo de cadeiras adaptadas correspondesse apenas à quantidade de estudantes com deficiência. A interpretação de que o dispositivo legal teria determinado a disponibilização de cadeiras adaptadas a todos os alunos regularmente matriculados em cada sala mostra-se, portanto, incompatível com o princípio da proporcionalidade, pois, embora adequada a promover a finalidade almejada, impõe obrigação onerosa desnecessária aos estabelecimentos de ensino (BRASIL, 2019, p.9-10).

Entendeu que não é necessário que a escola tenha tantas cadeiras adaptadas quanto o número de alunos (que era o previsto em lei por uma interpretação linguística), sendo que bastaria tantas cadeiras quanto o número de alunos com deficiência. Há que se notar que a Ministra coteja a solução encontrada pela lei com outras soluções possíveis para realizar seu estudo da proporcionalidade.

Assim, o caso falhou no exame da proporcionalidade, não sendo necessário o enfrentamento da proporcionalidade em sentido estrito.

4 DO SUBJETIVISMO DA DECISÃO, DO ATIVISMO E CONSEQUÊNCIAS

Como se viu ao analisar a aplicação da proporcionalidade, há um inseparável risco de subjetivismo em seu uso, os exemplos anteriores tem elevado grau de subjetivismo. Se diferentes pessoas analisarem o mesmo exemplo, é possível a obtenção de diferentes resultados, especialmente na proporcionalidade em sentido estrito. Ela “envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências” (BARROSO E BARCELLOS, 2003, p.155).

Assim, “sob o manto da ponderação de interesses, às vezes se pratica o mais puro decisionismo judicial, em que preferências puramente subjetivas e não justificadas ditam o resultado de um conflito entre princípios constitucionais” (SARMENTO, 2003, p.146).

Ou seja, sob a premissa de estar aplicando a lei (princípios) com base na proporcionalidade, pode-se se ter uma decisão totalmente arbitrária e subjetiva do magistrado, que primeiro decide como bem entende e depois tenta justificar, fazendo a fundamentação *a posteriori*

Ocorre que, decisões subjetivas podem ser usadas para o Judiciário usurpar outras funções do poder. Dentro da teoria da separação das funções do poder, cabe ao Judiciário julgar, não de fazer políticas públicas, mas ao passo que se valem da proporcionalidade para julgar contra a lei, é possível que uma decisão invada a competência de outra função do Poder.

Assim, o Judiciário pode se valer dessa técnica para fundamentar um julgamento que afaste uma norma democraticamente elaborada pelo poder competente, qual seja o Legislativo.

Esse uso de decisões subjetivas para ultrapassar a competência do Judiciário, invadindo outras competências tem sido denominado de Ativismo Judicial, melhor definido em:

Ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (RAMOS, 2015, n.p)

Assim, ativista seria uma decisão em que o judiciário se lança a um protagonismo que não precisaria ter. Obviamente o judiciário deve solucionar todos os casos que lhe são propostos, isso não invalida a existência do ativismo. Claro que todo processo depende de uma provocação.

Se diz ativista, portanto, aquela decisão que judicializa algo que não deveria ser do judiciário e sim, por exemplo, matéria de política pública. Cabe ao executivo decidir algumas matérias, como no caso de destinação de verba. Digamos que o prefeito de determinada cidade tenha apenas a verba X, ele pode ou construir uma escola ou um hospital. Não há dinheiro para os dois, o que fazer? A decisão é do prefeito, cabe a ele decidir onde alocar a verba que é finita. Ele sabe que não vai conseguir atender todas as necessidades e direitos da população, mas precisa escolher qual área terá a alocação de recursos durante sua gestão. É típico em programas de governos apresentados durante campanha eleitorais que os candidatos deem mais prestígio para uma área que outra, a população leva isso em conta na hora do voto, procura candidatos que queiram investir nos mesmos programas que cada um acha o mais importante para aquele momento.

Ao passo que um munícipe ingresse com uma demanda requerendo um leito para internação, eventual decisão favorável poderá mudar a alocação de recurso, já que a cidade realmente não tem aquele leito. A linha é tênue entre correta atuação do judiciário e ativismo, mas sempre necessário estar atento.

O juiz, nesse cenário, passa a ter grandes poderes, podendo decidir a seu bel prazer, conforme melhor lhe convenha. Uma crítica apontada é que os juízes não são eleitos para tanto, enquanto os membros do Legislativo e Executivo sim. Se a política adotada não agrada, eles não são reeleitos, sendo certo que com o Judiciário não é possível esse tipo de controle.

Esse ativismo judicial denota um protagonismo do Judiciário por vezes desnecessário, causando uma exposição na mídia que pode, inclusive, influenciar julgamentos, seja por meio da opinião pública ou até por vaidade.

Ademais, tal situação se propagou após a criação da TV Justiça, que televisa julgamentos ao vivo e cede imagem para grandes canais de comunicação. Passou a ser normal assistir telejornais das principais emissoras com imagens e trechos de votos de julgamentos, os nomes dos Ministros do STF passaram a ser de conhecimento popular.

De qualquer forma o risco não é apenas o já apontado, uma vez que o magistrado passa a ter uma carta em branco, não há para onde se socorrer desse tipo de atitude. Nesse cenário o Judiciário passa a ter mais poder que qualquer um.

Já vimos casos de juízes afastando governadores eleitos (como no caso do Rio de Janeiro), de não permitir que uma pessoa nomeada assumisse como Ministro (como no caso do Lula), decisões barrando políticas públicas (como a de Bolsonaro no início da pandemia denominada “o Brasil não pode parar”), decisões de condução coercitiva para prestar depoimento (como no caso do Lula) e muitas outras.

Não está a se discutir se as decisões são acertadas ou não. Apenas está se ponderando que decisões judiciais tem grandes consequências, se uma dessas decisões fosse subjetiva (o que não se analisou), esse único magistrado ou uma maioria apertada de seis Ministros do STF teriam poder para governar o Brasil ao arrepio da lei.

Existe uma enorme distinção entre uma decisão motivada que afaste um governador e outra que sem motivação o faça. Esse é o grande risco. Novamente, no presente estudo não houve análise da fundamentação dessas decisões, apenas foram utilizadas como exemplo para demonstrar o perigo.

Por isso que o sistema precisa lutar para que todas decisões sejam devidamente fundamentadas e pautadas em lei, é imperioso para a manutenção da democracia a estrita observância do dever de fundamentar, previsto na constituição e no código de processo civil.

Já alertava Eros Grau, ex Ministro do STF que “no exercício de sua função, no entanto, o pensamento dos juízes é livre na moldura da legalidade. Não para além dela” (GRAU, 2019, p. 65). Em outros termos, existe uma margem para aplicação da lei, não estritamente engessada, mas essa margem tem que respeitar um limite, a moldura do quadro da legalidade.

Se interpretar é buscar o sentido, o juiz pode buscar o entendimento da lei dentro de um campo, como se fosse um quadro, mas tem que se limitar até sua moldura, não pode ir além dela.

Nesse tipo de caso não há problema na aplicação da proporcionalidade, ela foi bem empregada e de maneira fundamentada. Todavia, existem casos que não são, como será demonstrado a seguir em caso aleatoriamente escolhido, em que houve a utilização da proporcionalidade, mas sem a devida fundamentação de seu uso.

Trata-se da ação direta de inconstitucionalidade 5.044 (BRASIL 2018), do Distrito Federal, relatada pelo Ministro Alexandre de Moraes.

O feito versa a respeito de uma regra para o concurso de bombeiro militar que colocava como um dos requisitos uma altura mínima do candidato. Discutia-se se essa restrição também valeria para capelães e oficiais bombeiros militares da saúde, que prestavam o mesmo concurso, mas não desempenhavam a mesma atividade de um bombeiro brigadista.

De fato, enquanto o bombeiro militar propriamente dito precisa de certo vigor físico, já que do seu trabalho espera que entre em prédios em chamas, que podem conter obstáculos pesados e mesmo que tenham força para tirar de tais situações pessoas desacordadas. Ainda, espera-se que façam longas buscas por sobreviventes em escombros, que por vezes estão em locais de difícil acesso. Já para capelães e bombeiros da saúde o trabalho não é nenhum um pouco diferente de um capelão ou profissional da saúde que não é bombeiro, razão pela qual, em tese, não haveria necessidade do mesmo rigor físico de um bombeiro brigadista (em especial no que tange à altura).

Dentro das argumentações apresentadas no voto, se trouxe a proporcionalidade nos seguintes termos:

Outrossim, ressalte-se que não há ofensa aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência ou da proporcionalidade em relação ao restante da carreira de bombeiro-militar, na medida em que a norma impugnada, por se mostrar condizente com as atribuições desempenhas pelos seus destinatários, é compatível com o texto constitucional (BRASIL, 2018, p.4).

Não passou a proporcionalidade de um reforço argumentativo, mas sem exaurir o seu exame. Pelo voto não se afere se há ou não adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito e em quais termos. O tema não é enfrentado tal qual deveria. No caso em tela existe outras razões no voto, mas se dependesse apenas da proporcionalidade o

voto definitivamente não cumpriria a obrigação constitucional e processual cível de ser fundamentada.

5 CONCLUSÃO

Diante da diferenciação entre regras e princípios, ficou nítido o caráter mais genérico do segundo, fato esse que possibilita maior atividade interpretativa, podendo-se buscar decisões mais “justas” do que por meio das regras.

Embora “justiça” seja um conceito subjetivo, o maior uso dos princípios pela corrente neoconstitucionalista se deve justamente a uma busca por decisões mais justas a cada caso, uma vez que entendem que a simples subsunção de fatos às regras pode gerar decisões injustas, ainda que legais.

Nesse cenário que se desenvolveu a máxima da proporcionalidade, com o fito de tentar racionalizar o procedimento de uso de princípios. Quando dois ou mais princípios colidirem em determinado caso é possível sopesá-los, aplicando um em maior peso do que o outro.

Para saber qual deve ser maximizado, o interprete pode valer da proporcionalidade. Foi visto seus três subelementos, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Todavia, após exemplificações do uso da proporcionalidade se constatou que a subjetividade não está afastada pelo uso dessa técnica, já que os próprios subelementos carregam certo grau de subjetivismo.

Não é totalmente possível aplicar a proporcionalidade sem um juízo de valor. De rigor, em ciências humanas a racionalidade estrita é muito difícil e foi ultrapassado há muito pelo próprio positivismo, que já viveu sob a era do exegetismo, mas evoluiu para um pensamento ciente da dificuldade de se manter as decisões sempre racionais – tal qual já escrito por Hans Kelsen, por exemplo.

De qualquer forma, embora não haja como afastar certa valorização, imprescindível seu controle para que as decisões sejam sim baseadas em lei e não na vontade do julgador, respeito a divisão das funções do poder, fato esse que a proporcionalidade não assegura.

Se o judiciário puder decidir cada demanda conforme a vontade do juiz, não precisaríamos mais de legislativo e não estaríamos mais numa sociedade democrática e sim em uma aristocracia.

Portanto, a defesa do limite de competência do judiciário é extremamente importante e encontra fronteira no ativismo. O judiciário, tentando tomar as rédeas do caminho correto, talvez para compensar omissão legislativa e até descrédito da classe política, entretanto ultrapassa sua esfera de competência, tomando decisões que são verdadeiras políticas públicas.

Se viu um caso específico no presente trabalho, o da proporcionalidade – ou seja, quando o judiciário se vale da proporcionalidade para ser ativista ou para ultrapassar seu limite de competência. Se utilizou tal recorte, já que a proporcionalidade pode ser usada como uma muleta argumentativa, dando a uma decisão sem fundamentação uma aparência de devidamente fundamentada.

Em outros termos, se o juiz não tiver como fundamentar em lei uma decisão, pode usar a proporcionalidade e assim aparentar que houve fundamentação, quando na realidade a decisão não passou do mais puro decisionismo.

Com isso, sob o manto de correta fundamentação, na verdade teremos decisões imotivadas, quem podem ser ativistas, no sentido de invalidar norma democraticamente posta pelo órgão competente.

Não que não possa o Judiciário interpretar, mas o deve fazer dentro dos limites de sua competência e não agir com verdadeiro protagonismo, decidindo subjetivamente os rumos da sociedade, no lugar do legislativo e executivo, eleitos para tanto.

Por isso se conclui que há um risco democrático no uso da proporcionalidade para que se fomente decisões subjetivas que invadam esferas de atuação dos outros poderes, podendo, inclusive, chegar ao extremo de pôr em risco o sistema democrático e a própria separação dos poderes.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **O começo da história. a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232: 141-176, Abr./Jun. 2003

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5ª Ed – São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.044 Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. DJ: 11/10/2018, 2018c

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.139 Alagoas. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Governador do Estado de Alagoas. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Alagoas. DJ: 11/10/2019, 2019.

GRAU, Eros Roberto. **Os juízes, a lei e a justiça. Revista práticas de administração pública.** Vol.3, nº 2, 2019

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** 2.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. *Livro digital.*

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal.** 1ª ed. 3ª tiragem. Editora Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso Da. **O proporcional e o razoável.** Revista dos Tribunais volume 798, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso Da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção** Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1, 2003.