

TEXTO 01**ENTRE GRILOS E NAVIOS, OSSOS E DIAMANTES****Amanda Costa Thomé Travincas***

“Um grilo é mais importante que um navio (isso do ponto de vista dos grilos)”

O fazedor de amanhecer – Manoel de Barros

“Que um osso é mais importante para o cachorro do que uma pedra de diamante”

Sobre importâncias – Manoel de Barros

Em *Teoria dos direitos fundamentais*, Robert Alexy traduz a inevitabilidade da relação entre normas de direitos fundamentais que geram direitos de natureza principiológica e o princípio da proporcionalidade, considerando que um e outro estão reciprocamente implicados, isto é: direitos fundamentais são princípios e, como tais, exigem a aplicação da proporcionalidade para a solução de colisões deles decorrentes; de seu turno, a proporcionalidade justifica-se sempre e na medida em que a estrutura dos direitos fundamentais é principiológica. A tese da imbricação entre direitos fundamentais e proporcionalidade ganhou toda a sorte de adeptos em diferentes latitudes. Entre ressalvas e matizes, mantem-se a salvo nas obras de Martin Borowski e Jan-Reinard Sieckmann (Alemanha), Carlos Bernal Pulido e Rodolfo Arango (Colômbia), Laura Clérico (Argentina), Virgílio Afonso da Silva (Brasil) e Jorge Reis Novais (Portugal), apenas para exemplificar.

* Ensaio produzido para o 26º Direito, Café e Sociedade, Projeto do Curso de Direito da UNDB, cujo tema é “Princípio da proporcionalidade: o conflito – Jürgen Habermas vs. Robert Alexy”. O escrito limita-se à exposição da tese deste último, reservando-se ao debate a contra-argumentação às críticas apresentadas pelo primeiro. As obras consultadas encontram-se ao final e servem como indicação preambular de leitura sobre o tema. Há trechos deste ensaio que correspondem, com modificações, a extratos da Dissertação da autora apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da PUCRS intitulada “Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição brasileira: estrutura, fundamentos e metodologias de controle” – 2010.

** Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Professora do Curso de Direito da UNDB. Para comentários e críticas a este ensaio: <acthomet@hotmail.com>

26º DIREITO, CAFÉ & SOCIEDADE

Nada obstante a robustez dos argumentos que perpassam a literatura citada, é válido questionar: Esta é mesmo uma relação necessária?

A proporcionalidade como método apresenta-se na tessitura da obra alexyana dentro do que é chamado de *constitucionalismo discursivo*. Nesse cenário, direitos fundamentais são concebidos como mandamentos de otimização – ou, em sua acepção reformulada, como mandamentos a serem otimizados –, os quais exigem uma aplicação gradual, consideradas as condições fáticas e jurídicas que envolvem o caso concreto. Assim traçados, de todo se diferem das regras que, caracterizadas como mandamentos definitivos e agremiadas sob uma lógica binária, são aplicáveis ou não aplicáveis integralmente por subsunção. A condição principiológica dos direitos fundamentais importa a edificação da proporcionalidade como o *método* estruturalmente definido que serve não simplesmente à solução de colisões entre direitos, mas, especificamente, à definição de soluções *corretas* ou, ainda melhor, *procedimentalmente corretas*.

Em *Teoria da Argumentação Jurídica*, Alexy explica que, em uma prática discursiva, os participantes envolvidos são movidos por uma ideia reguladora de correção e, em virtude disso, ao afirmarem ou fundamentarem algo o fazem com pretensão de acerto. O fato de desconhecerem o que é o correto não os impedem de participar do discurso. Também afirma que o perpassar por um procedimento discursivo pode redundar em respostas contrapostas igualmente corretas (tanto N quanto – N são corretas). A suposição de que há uma única resposta correta para casos controvertidos (N é correta, logo – N é incorreta, ou vice-versa) afasta, *de per si*, o procedimento. Refutando esta última e aderindo à primeira hipótese, Alexy admite os limites e reforça as vantagens de um processo de decisão estruturado, que afasta o decisionismo em proveito da objetividade e opera uma *redução considerável* da irracionalidade. Como explica Sieckmann, uma decisão procedimentalmente correta não é mais do que aquela que não depende *exclusivamente* daquele que a toma. A proporcionalidade é, então, a forma de disciplinar o ato decisório.

O modelo de proporcionalidade apresentado por Alexy é composto por três níveis ou máximas parciais. A adequação e a necessidade são etapas de

26º DIREITO, CAFÉ & SOCIEDADE

avaliação das condições fáticas de prevalência de um direito fundamental em face de outro, ao passo que a ponderação corresponde ao espaço de avaliação das condições jurídicas. Entre os níveis da proporcionalidade pende uma relação de subsidiariedade, da qual decorre o dever de prosseguir ao nível imediatamente posterior sempre que o caso concreto não puder ser resolvido no diâmetro do nível imediatamente anterior. Nem toda colisão entre direitos fundamentais culmina, portanto, em uma ponderação.

No nível da adequação é testada a capacidade de uma medida alcançar ou fomentar o alcance de um determinado resultado (M1 → R). Se a medida logra o fim ao qual se propõe, então ela é adequada. Se for adequada, deve-se, ato contínuo, perquirir se também é necessária, ao passo que, se não for, é, desde então, considerada desproporcional. O teste demanda, exclusivamente, a existência de uma relação de causalidade entre o fim desejado e o meio escolhido.

Martin Borowski ressalva que o resultado a ser alcançado a partir de uma colisão de princípios tem de ser, por óbvio, legítimo. Por essa razão, é possível afirmar que há um juízo de legitimidade do fim que é prévio ao juízo de capacidade do meio e que se encontra invisibilizado no nível da adequação na estrutura alexyana. Tal juízo pode também ser compreendido como um nível autônomo, o que resultaria na estratificação da proporcionalidade em quatro níveis. A adoção de uma ou outra opção é irrelevante em termos de resultado na medida em que o propósito é uniforme: afastar, desde o início, os resultados constitucionalmente indesejados.

No nível da necessidade realiza-se uma comparação entre meios adequados. Deste ato resulta necessário o meio que i) impõe restrições aos direitos em causa na menor medida possível e ii) afeta o mínimo possível as demais posições constitucionais. Na linha da tese alexyana, afastados os meios desnecessários, deve-se investigar se o meio tido como necessário passa ainda no teste da ponderação.

A ponderação é o teste que tem por fim aferir se o meio é justificável tendo em vista a relevância da satisfação do fim visado. O teste tem esboço

26º DIREITO, CAFÉ & SOCIEDADE

na lógica de que quanto maior for o grau de não-satisfação de um direito fundamental em virtude de uma medida, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. Assim descrita, a ponderação consiste na avaliação i) da intensidade da não-satisfação de um direito; ii) da importância da satisfação do direito colidente e iii) da capacidade desta última justificar aquela primeira.

O resultado da aplicação da proporcionalidade é a definição de quem deve suportar o ônus de uma colisão de princípios. Alexy define os resultados possíveis desse empreendimento por meio da nomeada lei de colisão, conforme a qual $(P1PP2)C$, sendo que se $(P1)C \rightarrow R$, então $C \rightarrow R$ ou $(P2PP1)C$, sendo que se $(P2)C \rightarrow R$, então $C \rightarrow R$. Sendo P1 e P2 direitos fundamentais colidentes, um prevalecerá em face do outro em um dado caso concreto. O resultado da colisão é determinado pelo direito que prevalece e constitui, de seu turno, uma norma de aplicação integral.

Acerca do questionamento inicial, cabe concluir que o liame entre direitos fundamentais e proporcionalidade é necessário não propriamente em razão da aceitação do caráter principiológico dos direitos fundamentais, mas em decorrência da definição destes como mandamentos de otimização. É o dever de aplicar direitos fundamentais na maior medida possível que se coaduna com a estrutura da proporcionalidade nos termos propostos por Alexy. Dito de outro modo, a adoção de outra definição de princípios parece colocar em xeque o referido enlace. Se se considera que princípios são aplicados ou não integralmente ou se se admite que direitos fundamentais devam ser ajustados a um modelo de regras, ao invés de um modelo de princípios, a necessidade da proporcionalidade resta comprometida.

Alexy parte da premissa de que direitos fundamentais, enquanto mandamentos de otimização, possuem um âmbito de proteção *prima facie* e um âmbito de proteção definitivo. O processo que recai na determinação do conteúdo definitivo de um princípio é chamado de restrição. O fato de possuírem um âmbito de proteção *prima facie* abrangente faz com que direitos fundamentais permaneçam em um estado de colisão continuado. Quando tais colisões se perfazem no caso concreto, o resultado é, inevitavelmente, a diminuição do(s) conteúdo(s) correlato(s) ao(s) direito(s) inicialmente

26º DIREITO, CAFÉ & SOCIEDADE

protegido(s). À evidência, restrições a direitos fundamentais são podem ser entregues à sorte daqueles que as executam. É daí que surge a proporcionalidade: restrições a direitos fundamentais são incontornáveis; para que se realizem é preciso lançar mão da proporcionalidade; restrições têm de ser proporcionais.

Nesse contexto, a proporcionalidade prefigura, a um só tempo, o método de resolução de colisões entre direitos fundamentais (por meio de restrições) e a estratégia de controle dos atos restritivos. É que a virtuosidade do poder restritivo estatal está diretamente relacionada com a capacidade de os direitos fundamentais sofrerem ou, ainda melhor, condicionarem restrições sobre seus conteúdos. Não é outra a causa de à teoria das restrições aos direitos fundamentais Alexy acoplar uma tese dos limites às restrições, ocupando a proporcionalidade posição central.

A quem cabe restringir direitos fundamentais e, com isso, empreender juízos de proporcionalidade? Na esteira de Alexy, restrições a direitos fundamentais se dão inclusive no âmbito do poder Judiciário e não há qualquer discrepância desta conclusão se posta *tête-a-tête* com o argumento da dita maior legitimidade democrática do poder Legislativo, isto na medida em que i) deve-se cumprir as decisões legislativas o quanto possível; ii) os tribunais, também eles, expressam representatividade; iii) a jurisdição constitucional legitima-se, exatamente, como *locus* de salvaguarda dos direitos fundamentais contra decisões majoritárias, isto é, tomadas no âmbito do poder Legislativo.

Com uma estrutura não contingente, que dificulta o triunfo das decisões *à la carte* sem descambar no engessamento do discurso, a proporcionalidade ergue-se como método capaz de disciplinar a tomada de decisões que envolvem direitos fundamentais. Se grilos ou se navios, se ossos ou se diamantes, só a argumentação legitimada pelo procedimento pode responder!

OBRAS CONSULTADAS:

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

26º DIREITO, CAFÉ & SOCIEDADE

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2008.

ALEXY, Robert. Idée et structure d'un système du droit rationnel. **Archives de philosophie du droit**. v. 33, 1988, p. 23-38.

ALEXY, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoría de a argumentación jurídica**. Lima: Palestra, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales**. Bogotá: Legis, 2005.

BOROWSKI, Martin. **La estrutura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?. **Revista de direito constitucional e internacional**. n. 54, 2006. p. 76-107.

CARBONELL, Miguel (Coord.). **El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales**. México: CNDH, CEDH, 2008.

CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. **Cadernos de direito**. n. 3, 2003. p. 15-45.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2005.

SIECKMANN, Jan-R. **El modelo de los principios del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos tribunais**. v. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 23-50.

TEXTO 02**UM MUSEU DE GRANDES NOVIDADES: PRINCÍPIO (OU REGRA?) DA
PROPORCIONALIDADE****Gabriel Soares Cruz***

“A tua piscina tá cheia de ratos. Tuas ideias não correspondem aos fatos. O tempo não para. Eu vejo o futuro repetir o passado. Eu vejo um museu de grandes novidades. O tempo não para. Não para, não, não para”

(Cazuza. O tempo não para.)

“Time que está ganhando não se mexe”. Com base em tal frase que perpassa o cotidiano futebolístico, conseguimos observar com clareza não só a aversão a mudanças, mas o próprio medo e insegurança que elas nos causam. Toda mudança ou tudo aquilo que é novo é de difícil aceitação, porquanto até o presente momento todas as nossas concepções prévias sobre aquilo ainda permanecem inalteradas e firmes.

Entretanto, diante de determinados fatos, mudanças são imperiosas ainda que sofrendo fortes resistências, porque a mudança vem para fazer com que “tudo permaneça como está”, tendo em vista o panorama social atual (paradigma). O complicado apenas é compreender que somos capazes de empreender um novo sentido de vida em sociedade. Mais rico e mais complexo que o anterior, principalmente diante da complexidade da sociedade, reforçando, assim, a necessidade de uma atuação sempre reflexiva e crítica da condição humana e por meio do ser humano, com vistas a abandonar aquilo que parecia mais adequado ou conveniente, mas que até então parecia a melhor forma de vida. Um novo começo

* Ensaio apresentado no 26º Direito, Café e Sociedade, no âmbito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, com finalidade meramente acadêmica.

** Graduado em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco. Pós-graduado em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Professor do Curso de Direito da UNDB.

26º DIREITO, CAFÉ & SOCIEDADE

sempre nos leva a um novo fim, essa é a essência do ser humano, ser sempre aberto e com poder para a inovação e reconstrução.

O mundo após o fim da Segunda Guerra Mundial serviu como uma forma de vislumbrar o fracasso do positivismo jurídico ou de qualquer posição semelhante (formalista), demonstrando que o fechamento do sistema e a determinação do Direito não eram o modo mais adequado no tratamento das expectativas de comportamento em sociedade. A observância de que majorias poderiam implementar estados ditatoriais por meio da previsão normativa fez com que se observasse o fracasso da produção jurídica baseada unicamente naquilo escrito e na atividade judicante tão somente na descrição de fatos, realizada por meio do critério gramatical/literal de interpretação. Ademais, ausente qualquer regra, que, segundo os defensores, era o meio por excelência de qualificação do direito, o aplicador estava habilitado a utilizar do seu poder de discernimento pessoal (poder discricionário) para a resolução do caso concreto.

Tal evento histórico demonstrou a necessidade de uma leitura moral do direito, e da ampla proteção aos direitos fundamentais: era hora de mudança na sociedade e no modo de produção e aplicação do direito. O Poder Judiciário, então “boca da lei”, passa a desempenhar função prescritiva e reconstrutiva do direito. Os princípios, antes regras supletivas ou de integração normativa em caso de lacuna, passaram a ser normas primárias, porquanto contêm em seu bojo padrões de justiça ou qualquer dimensão de moralidade, exigindo-se da atividade interpretativa a cargo do judiciário a densificação deles a partir do caso concreto, não mais se resumindo, o direito, àquilo que estava escrito.

O positivismo das decisões discricionárias (arbitrárias) diante de supostas lacunas e do sistema fechado virara, então, peça de museu, com o fim da Segunda Guerra Mundial.

Levando a cabo tal mudança observada na Europa Ocidental, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com um viés democrático, sendo chamada de “Constituição Cidadã”. Entretanto, embora de fato democrática, ainda padeceu de certa efetividade nos primeiros anos de sua vigência, porquanto, como dito, mudanças assustam, principalmente o Legislativo, que antes detentor da atribuição de densificação de quase todas as disposições constitucionais, observou que tal função ficou para o Poder Judiciário, especificamente ao Supremo Tribunal

26º DIREITO, CAFÉ & SOCIEDADE

Federal, diante da inércia ilegítima daquele órgão sob a égide da Constituição de 67/69.

A Constituição de 1988 foi muito bem redigida, explicitando de forma adequada a revolução social levada a efeito por meio da Emenda Constituição 26/1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88. Talvez, na perspectiva aqui abordada, seu maior erro foi o monopólio dos meios de comunicação por parte do Estado. Qualquer que seja a forma ou o entendimento de uma democracia, a imprensa livre e não monopolizada pelo Poder Público é medida essencial para implementação de um Estado Democrático de Direito e para evitar a alienação do ser humano.

Outra consequência foi a alta carga valorativa que permeou as disposições constitucionais, o que exigia esforços hermenêuticos na sua efetivação, à luz do caso concreto. Ademais, retirou-se o aspecto meramente político das constituições: ela é agora o centro do ordenamento, que garante ampla proteção aos direitos fundamentais e, portanto, tem força cogente. Com a Constituição de 1988 não foi diferente.

De efeito, perpassa por todos os dias, no exercício da jurisdição constitucional, a pergunta sobre qual forma esses direitos expressos em tal documento, que não exigem mais somente a participação do Legislativo em sua concretização, serão efetivados, sem que a segurança jurídica seja afetada, ou seja, a pergunta sobre como manter um equilíbrio entre a certeza jurídica e a aceitabilidade racional das decisões a partir desse novo panorama.

Essa mudança brusca, porém necessária, assustou muito os operadores do Direito no Brasil. O STF, guardião da normatividade constitucional passou a ter dificuldades em aliar a necessidade de efetivar a Constituição de 1988 com formas racionais para tanto, diante da estrutura aberta de muitas disposições. Soma-se a isso ao fato de que a mudança no Direito veio a partir da mudança na própria sociedade, ou seja, se o Direito está apresentando tal dificuldade, é porque a sociedade está complexa. O ser humano, antes visto como indivíduo (paradigma liberal) ou como cliente do Estado (paradigma social), passa a ser cidadão: não só se submete às normas criadas, mas participa da sua criação, dos processos públicos de tomada de decisão. O Estado não mais decide para o cidadão, mas permite que eles decidam juntos.

Nesse cenário, portais de notícias em quase todos os dias passaram a conter informações sobre o Judiciário. Ora, se ele tem agora a atribuição de efetivação dos

26º DIREITO, CAFÉ & SOCIEDADE

direitos fundamentais, o cidadão precisa conhecer e participar desse processo. Não sem motivo, foi criada a TV JUSTIÇA, passando as sessões do STF a serem televisionadas para todo o país. Com o cidadão assistindo ao vivo as decisões tomadas pela Corte Suprema, os Ministros se viram na obrigação de conceder decisões com um alto grau de racionalidade para fins de controle dos próprios fundamentos.

Sobre a racionalidade das decisões, o STF tem utilizado, as vezes até de forma irresponsável, a regra da proporcionalidade (é regra e não princípio, porque, se não cumpridas todas as sub-regras/fases, a decisão não é proporcional), meio pelo qual se opera a ponderação. A partir de uma racionalidade num sentido puramente formal, de cumprimento de etapas, tem ele estabelecido que a sua decisão é mais adequada que aquela tomada pelo Poder Público. Sucede que isso apenas nos informa uma pretensa racionalidade ou, para utilizar as palavras de Jürgen Habermas, uma falsa compreensão metodológica, que na verdade é técnica discricionária que leva em consideração as pretensões pessoais de quem a utiliza, numa relação de custo-benefício entre a pretensão e os supostos benefícios para a sociedade: “aquilo que é bom para nós”, além de permitir uma aplicação gradual do direito.

Sobre a proporcionalidade, Habermas aduz que Robert Alexy coloca em xeque toda uma formação do que seja direito, ao equipará-lo e até reduzi-lo a bens e valores, bem como ao permitir a sua aplicação gradual de acordo com a tensão. Como quer que se estabeleça um conceito de direito, ele deve ser observado em sua dimensão deontológica, de estabelecimento de obrigações, permissões/vedações, especializado na estabilização de expectativas de comportamento, sem que isso signifique o estabelecimento de um sistema fechado e impermeável a princípios metajurídicos, como defendia Herbert Hart e Hans Kelsen.

Assim, não existe “meio direito”, de modo que ou se tem ou não se tem direito, não podendo este ser entendido como tudo aquilo que está escrito. De igual modo, não havendo previsão normativa expressa, não significa que o aplicador está habilitado a utilizar o seu poder de discernimento, porque embora ausente de regras, existem, com igual força normativa, os princípios. No rechaço desse decisionismo é que se assenta o atual discurso jurídico, diante da ausência de uma aceitabilidade racional em tal forma de decidir.

A utilização da proporcionalidade, nesta relação de custo-benefício (“aquilo que é bom para nós”), coloca o STF na condição de Poder Legislativo e controlador das

26º DIREITO, CAFÉ & SOCIEDADE

escolhas públicas legislativas, decidindo por aquilo que é melhor e não aquilo que é constitucionalmente adequado ou universalmente aceito.

Nesse sentido, se adentra na legitimidade do direito em Habermas que, fundamentado na teoria discursiva do direito, aduz que a força normativa de determinada legislação ou disposição normativa advém das relações intersubjetivas ocorridas na sociedade. É da relação entre o meio público e a iniciativa privada que há como se formar uma legislação adequada e com grande força normativa, cabendo ao Judiciário tão somente a guarda desses processos públicos de tomada de decisão.

A legitimidade da prestação jurisdicional depende da legitimidade do Direito. Assim, não está a cargo do Poder Judiciário, órgão responsável pela aplicação do Direito, a análise acerca da legitimidade do processo legislativo, fazendo outras escolhas, eis que é em tal procedimento que se forma toda a legitimidade do Direito que, como visto, nasce a partir das relações intersubjetivas constantes na sociedade. É a chamada concepção procedimentalista do direito ou teoria crítico-deliberativa.

Ao se colocar a cargo do STF a atribuição de controle (escolha) de políticas públicas, ou de decidir que a dignidade da pessoa humana é mais importante que a liberdade de expressão para demonstrar que sua decisão é politicamente correta, o Tribunal se coloca na condição de legislador e poder constituinte permanente, estabelecendo em cada decisão quais os valores são preferíveis, deixando de lado todo o procedimento público que culminou naquela decisão legislativa e não na outra.

Frise-se que, como muitas leituras míopes da teoria discursiva em Habermas, muitos aduzem que ele defende a Supremacia do Parlamento nos moldes da Revolução Francesa. O processo legislativo ou os procedimentos públicos de tomada de decisão permitem a criação de normas com um maior conteúdo normativo, porque a participação direta do cidadão na feitura da norma, além de legitimá-la, dificilmente faz com que seja descumprida a pretexto de discordância, sem que ele participe de novo processo para mudar e melhorar tal decisão.

O Judiciário (STF), ao se colocar no papel do legislativo, utilizando-se de técnicas como a proporcionalidade, acaba destruindo o aspecto jurídico, reduzindo o nosso sistema jurídico a uma ordem concreta de valores, em que a melhor interpretação não é aquela que efetiva a constituição ou garante a legitimidade advinda dos procedimentos de tomada de decisão, mas aquela que mais se aproxima da dignidade da pessoa humana. Assim, as decisões lastreadas nas condições de custo-benefício apenas falaciosamente carregam um viés racional, quando, na

26º DIREITO, CAFÉ & SOCIEDADE

verdade, querem dizer que a sua decisão é melhor, porque estão sendo cumpridas três sub-regras e mostrando ao poder público que ele não sabe decidir. De igual modo, se mostra aos cidadãos que eles também não sabem decidir.

Quando pensávamos que a aplicação do direito num sentido formalista havia fracassado, tendo em vista que no âmbito de um “caso difícil” ou de uma colisão de direitos fundamentais não se mostra racional o aplicador utilizar o seu poder de discernimento pessoal, por suposta inexistência de norma (regra), Robert Alexy defende que se colocar qualquer caso dentro de uma estrutura supostamente racional eu terei decisões mais adequadas, basta que o aplicador faça uma razão de utilidade entre aquilo que se perde e aquilo que se ganha, segundo a sua ótica.

Hoje em dia chamar alguém de positivista parece tão agressivo quanto um xingamento, mas se observa resquícios desse paradigma jurídico na teoria do Alexy. A uma, pelo fato de que a decisão fundamentada na proporcionalidade, em sua falsa compreensão metodológica, é resolvida a partir de uma razão de custo-benefício, eis que o direito é equiparado a bens e valores ponderáveis, ficando a cargo do aplicador a realização de tal equilíbrio. Tal ponderação significa que diante de uma colisão entre direitos fundamentais (princípios) “quanto maior o grau de afetação ou de não satisfação de um princípio, tanto maior deve ser o grau de satisfação do outro”. Em outras palavras, pode se afirmar que, por meio da proporcionalidade, o juiz está autorizado a utilizar o seu poder discricionário e escolher qual é a decisão mais preferível; basta cumprir as sub-regras, bem como estabelecer quanto do direito você terá.

A duas, porquanto num sentido filosófico, o positivismo significa a aplicação do direito baseada em métodos ou cumprimento de etapas previamente estabelecidas. Para Alexy, a racionalidade é observada num sentido puramente formal.

Nunca se poderia imaginar que em pleno o Século XXI, e toda sua complexidade, alguém pudesse defender que a uma decisão é melhor que a outra, por uma relação de utilidade derivada de uma falsa compreensão metodológica.

No museu, queremos encontrar objetos históricos de um passado por vezes remoto. A utilização de tais objetos na atualidade se mostra incoerente, diante das mudanças e da existência de outros objetos com a mesma finalidade, mas que resolvem o problema de forma mais adequada. Segundo a proporcionalidade defendida por Robert Alexy, a relação de custo-benefício (ponderação) se aproxima do poder discricionário defendido pelos positivistas. Assim, é como se no museu o futuro

26º DIREITO, CAFÉ & SOCIEDADE

estivesse em peças passadas e que fracassam em seu objetivo atual, mas mesmo assim são utilizadas tendo em vista interesses ilegítimos. É, em outras palavras, observar a utilização de técnicas passadas, como se no museu estivesse cheio de novidades.

Por meio da proporcionalidade se atribui ao Judiciário a condição de superpoder e de formador de políticas para a comunidade, porque isso vai nos trazer um maior bem-estar. Ele vai escolher quais as boas maneiras da sociedade, sob uma suposta aplicação racional do Direito.

Na verdade o que ele está fazendo é colocar de lado toda a relação e coesão existente entre as autonomias privada e pública, desprivilegiando os processos públicos formadores de decisões que foram conquistados a ferro e fogo pelos cidadãos. Para Habermas, não há como se assegurar direitos políticos sem a garantia da sua autonomia privada e o inverso também é verdadeiro. Não precisamos de um substituto da cidadania, mas de um órgão que a preserve. Cidadania não é exercício de um direito por um universo de pessoas a cada dois anos, no primeiro domingo de outubro; ao revés, é a participação de todos nos processos públicos de tomada de decisões diariamente.

Entender de modo diverso, como quer Alexy, além de reduzir direito a bens, valores e políticas, é esvaziar completamente o Legislativo, principalmente por meio de um instrumento falsamente metodológico e permissivo de arbitrariedade. Precisamos fortalecer o Legislativo ou a fase de justificação do direito. Em tal fase, defende Jürgen Habermas, que se discutem todos os valores da sociedade com abertura do processo para que todos participem em igual respeito e consideração. A partir disso, cabe ao Judiciário tão somente o resguardo de tal processo, porquanto a legitimidade do direito já está justificada.

Na fase de aplicação, se mostra inadequado projetar uma decisão pelos simples fato de cumprir ou não a regra da proporcionalidade, sem ao menos se ater aos argumentos expendidos pelas partes, que estão contribuindo para que o Judiciário tome a decisão mais adequada. Ou, pior, dizer que ele tem apenas “meio direito”.

Não raro, vemos no STF Ministros utilizando da proporcionalidade e cada um chegando a uma decisão diferente. É dizer que existem direitos e direitos a depender de quem está na condição de aplicação ou utilização da proporcionalidade. Nada obstante que, num estudo mais aprofundado, por vezes vemos que embora o Ministro aplique a proporcionalidade, no final ele não se utilizou dela, mas falou textualmente

26º DIREITO, CAFÉ & SOCIEDADE

em seu voto para que o cidadão possa ser convencido da racionalidade da decisão e a aceite.

Para Habermas, resguardando os processos públicos, a cidadania, decide-se segundo aquilo constitucionalmente adequado, porque universalmente aceito. A legitimidade é atribuição de cumprimento e aprovação da norma por todos aqueles a quem ela potencialmente é endereçada. A Constituição é condição de validade do próprio sistema e, portanto, não pode ser colocada de lado num conflito, porque é mais preferível, ou porque cumpre um método de aplicação gradual do direito.

Mudanças são necessárias, o indivíduo sempre está em constante desenvolvimento e o direito como meio de estabilização das expectativas de comportamento deve ser visto num aspecto deontológico, principalmente quando o Direito se funda em procedimentos de cidadania: ou se tem liberdade ou não se tem. Não se quer aqui retirar a competência do STF, mas refletir sobre o modo de exercício de sua jurisdição e da atuação do próprio Judiciário, em cotejo com o atual paradigma e os processos que deram ensejo à atual Constituição brasileira.

A utilização da regra da proporcionalidade apenas habilita o Judiciário a decidir conforme seu humor ou as pré-compreensões de quem julga, ou seja, a partir de suas razões utilitárias e não jurídicas, porque ela reduz o direito a escolhas pessoais. Essa utilização maciça e desregrada da proporcionalidade coloca em xeque diariamente a democracia brasileira, pelo simples fato de que o Judiciário precisa de algo que convença a sociedade de que a sua decisão é a melhor, mais útil, porque concede um maior bem-estar para a sociedade. Não precisamos que o Judiciário decida se algo é melhor/pior, precisamos que ele proteja nossa Constituição e leve em consideração a atuação de cada cidadão em cada processo público decisório.

Não precisamos de uma ditadura de toga. Antes 513 da Câmara dos Deputados, com sua atribuição constitucional de representação de todos os estratos sociais, do que 11 Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Observa-se, assim, que o positivismo não está morto ou superado. Há ainda quem defenda, como Robert Alexy, a necessidade de um método para resolução de tensões de direitos de modo a habilitar que o aplicador decida da forma que lhe for mais conveniente.

O fortalecimento da cidadania é o melhor que temos para evitar esses abusos. Temos no Brasil um problema institucional derivado única e exclusivamente de uma cidadania insipiente, de modo que não precisamos que o Judiciário funcione como

26º DIREITO, CAFÉ & SOCIEDADE

barreira ou redução do pouco que temos. E essa atuação ativista resulta da insuficiência dos outros poderes que exercem a sua função tão somente na edição de Medidas Provisórias (Executivo) e sua conversão (Legislativo). Mas isso não significa que o Judiciário tenha que resolver tudo e de qualquer forma para dar uma solução para o caso. O Judiciário, pela própria história, tem na atualidade o seu melhor momento, mas isso não significa esvaziamento dos demais poderes ou supremacia em relação a eles, fato que passa despercebido pelos operadores do Direito, pelo dever de ofício de confiar nele. Precisamos fortalecer as outras instituições e isso só ocorrerá com o fortalecimento da nossa cidadania.

A proporcionalidade é um claro e evidente exercício de arbitrariedade que, pensávamos nós, estava superada pelo fracasso no positivismo. Muito pelo contrário, está viva e, pelo visto, sem a adequada discussão e reflexão pela sociedade, terá um bom futuro pela frente. Um futuro retirado de um museu, que repetirá o passado, desta feita, não com um ditador do Poder Legislativo ou do Executivo, mas com um ditador de toga e com notável saber jurídico.

OBRAS CONSULTADAS:

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamento, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Uma nova alternativa para o Direito Brasileiro: o procedimentalismo**. In SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e Teoria Constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, cap. 2 e 3.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito**: ensaio sobre o modo de sua aplicação, 1999;

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, cap. 4, 5 e 6.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In _____ (org.). **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e Direito Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.