

Subjetivismo na aplicação da máxima da proporcionalidade

Subjectivism in application of the principle of proportionality

Iara Menezes Lima

Professora Associada da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela UFMG. Bacharel em Filosofia pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (FAJE).
iaramenezeslima@gmail.com.

Anderson Júnio Leal Moraes

Advogado, Professor da Nova Faculdade, em Contagem – MG, Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho (UGF) e Mestre em Direito pela UFMG.
ajlmoraes@yahoo.com.br.

Resumo: O presente artigo elabora uma crítica à teoria dos princípios de Robert Alexy, especificamente quanto a sua proposta de sopesamento de princípios como solução a colisões havidas entre eles. Essa tarefa de crítica, embasada precipuamente na obra de Jürgen Habermas, é feita mediante demonstração de que, ao realizar sopesamento entre princípios, estes são confundidos com valores em detrimento da concepção deontológica do Direito, o que permite que percepções subjetivas dos juízes sejam razões para suas decisões.

Palavras-chave: Princípios. Sopesamento. Proporcionalidade. Valores. Subjetivismo.

Abstract: The present article criticizes Robert Alexy's theory of principles, specifically on his proposal of using legal principles balancing as a solution to competing legal principles. This critical task, mainly based on Jürgen Habermas' work, is done through demonstration that, when we balance principles, they are usually wrongly understood as values, not Law, what allows judges to base their decisions on subjective points of view.

Key words: Principles. Balancing. Proportionality. Values. Subjectivism.

1 Introdução

O presente artigo pretende criticar a teoria dos princípios de Robert Alexy, especificamente quanto a sua proposta de sopesamento de princípios como solução a colisões havidas entre eles, o que se faz mediante a máxima da proporcionalidade, explicada na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, deste autor. No trabalho será demonstrado como os princípios, quando sopesados, se confundem com valores e, portanto, dão vazão a percepções subjetivas, dificultando o trabalho de sustentar a ponderação como método democrático de decisão. Tal crítica será feita principalmente a partir do ponto de vista de Jürgen Habermas (2003), que acusa o método do sopesamento de permitir decisões arbitrárias ou irrefletidas.

Dentre as razões a questionar a (ir)racionalidade do método do sopesamento, este artigo dará atenção ao subjetivismo no qual pode se envolver a aplicação da máxima da proporcionalidade pelo Judiciário.

2 A teoria dos princípios de Robert Alexy: breve síntese

Na afirmação do próprio Alexy (2008), a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras da sua teoria dos direitos fundamentais. Ele afirma que a diferença entre regras e princípios não se restringe ao grau de generalidade desta ou daquela categoria, mas à *qualidade*. Regras são normas definitivas, isto é, que prescrevem uma ação exata, a ser satisfeita ou insatisfeita em sua plenitude. Princípios, por outro lado, são normas de *otimização*, que admitem satisfação gradativa (ALEXY, 2008). Dito de outra forma, regras ordenam “faça isso” e princípios ordenam “faça isso na maior medida possível”.

A grande utilidade da distinção estaria em sua proposta de solução de antinomias. Se a colisão de regras – quando uma não puder ser interpretada

a título de exceção da outra – se resolve na invalidade de uma delas, a colisão entre princípios se resolveria em um sopesamento entre eles (ALEXY, 2008). Sendo princípios *mandamentos de otimização*, um choque entre eles num caso concreto há de se resolver na dimensão de seus respectivos pesos, de modo que todos se apliquem na maior medida possível, o que orientará a construção de uma relação de *precedência* entre eles, daquele de maior peso até aquele outro de menor peso, sem que se fale na invalidade deste.

Trabalhando com exemplos, tome-se duas regras do regulamento de uma escola, uma a estabelecer que “é proibido deixar a sala antes de o sinal tocar” e outra a dizer que “é dever abandonar a sala quando o alarme de incêndio soar” (ALEXY, 2008, p. 98). Obviamente, a segunda regra pode ser interpretada como exceção à primeira, não havendo de se falar em antinomia. Se isso não fosse possível, a solução para a antinomia seria apontar a invalidade de uma das regras, o que se faz segundo o art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (*lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generalis*). Supondo, entretanto, que o regulamento da escola fosse omissivo quanto à permissão ou dever de abandonar a sala em caso de incêndio, sealaria em um conflito entre o princípio motivador da regra que proíbe sair da sala antes do sinal (aqui chamado sucintamente de princípio da ordem) e o princípio da sobrevivência¹. Sendo ambos os princípios válidos, o conflito entre eles é resolvido na dimensão do peso: no caso de risco à vida, o princípio da sobrevivência teria maior peso em face do princípio da ordem.

À guisa de fórmula de sopesamento, Alexy apresenta sua *máxima da proporcionalidade*, dividida em exames de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*, sendo que tal possibilidade jurídica depende do princípio antagônico, que será sopesado na companhia do princípio a relativizar, pois só se pode considerar o peso de um princípio em relação ao outro. Dito de outro modo, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito opera uma relativização em face

de possibilidades *jurídicas* porque toma as *normas* (princípios) como seu subsídio, ao passo que as outras máximas, tratadas a seguir, tomam os *atos*.

Desse modo, as máximas da adequação e necessidade são mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*. O exame da necessidade resume-se na exigência de que “o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo” (ALEXY, 2008, p. 119). Ou seja, se o objetivo pode ser alcançado por medida diversa e menos gravosa, é desnecessário relativizar um princípio. Já o exame de adequação exige que a medida da qual decorre relativização de um princípio não seja indiferente à consecução do objetivo desejado. Se uma medida é indiferente para a realização de um princípio e é negativa à realização de outro, então, sua adoção é vedada, pois não provoca otimização. Nesse caso não há ganho de um lado, mas há perda de outro, sacrifica-se um princípio a troco de nada.

De retorno ao exemplo do incêndio, possibilitar ao aluno sobreviver só pode ser alcançado mediante relativização do princípio da ordem (que implicaria a sua permanência em sala), não havendo opção diversa e menos gravosa. Esse é o exame da necessidade. Ademais, a relativização do princípio da ordem provoca otimização do princípio da sobrevivência, restringindo o primeiro e expandindo o segundo, mostrando-se, destarte, a adequação do meio ao fim. Esse é o exame da adequação.

Feita a brevíssima exposição sobre a teoria dos princípios em Alexy, importa comentar de que forma ela se relaciona com valores e normas jurídicas.

3 Axiologia e(ou) deontologia na teoria dos princípios de Alexy

Decerto, o uso de sopesamento como instrumento para tomada de decisões não é novidade. É fácil observar que, na verdade, as pessoas se

aproveitam rotineiramente desse expediente ao refletir sobre seus *valores* – o campo da axiologia, portanto. A inovação operada pela teoria dos princípios de Alexy foi transplantar o referido instrumento da axiologia para o direito, provocando a necessidade, claro, de se discutir a adequação desse salto, o que Alexy tenta fazer no Capítulo 3, III, de sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Logo no início dessa parte da referida obra, o autor cuida de admitir a íntima conexão entre princípios e valores, de sorte que “de um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores” (ALEXY, 2008, p. 219).

A propósito, a estreita relação entre valores e normas é objeto dos estudos de Miguel Reale, que apresenta a tensão entre fatos e valores na gênese das normas jurídicas. Em Reale (2002, p. 219), mais uma vez conclui-se que os valores, apesar de serem distintos das normas jurídicas, preenchem o conteúdo destas, pois “a experiência jurídica representa a especificação de uma forma de tutela ou de garantia social do que é valioso”. Segundo Reale (2002), a possibilidade de valores existe porque quem diz homem diz liberdade, e liberdade implica escolha constitutiva de bens. Quando o homem livremente escolhe e valora um bem (que pode ser material ou imaterial, como uma conduta), diz, portanto, que este bem é bom e não que é devido. O conceito de valor está relacionado ao que é bom ou, quando comparados dois ou mais bens, ao que é melhor.

Dessa forma, em que pese a semelhança entre princípios e valores, Alexy afirma:

Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deonto-

lógico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo. (ALEXY, 2008, p. 153)

A exposição de Alexy sobre o caráter deontológico dos princípios tem a nítida intenção de engendrar um esteio para sua teoria que, a essa altura, corre o risco de misturar normas e valores. De certo, princípios têm natureza deontológica, mas somente se concebidos como normas, isto é, como um “dever ser”, o que, silenciosamente, a teoria de Alexy deixa de fazer.

Como visto, a relação de precedência entre princípios, na teoria alexyana, é ditada pelos pesos destes princípios. O inevitável incômodo diante dessa proposta se resume na pergunta “o que dá peso aos princípios?”. Ora, se princípios não são normas de caráter definitivo, não há neles a sua exata medida, o que significa dizer que o peso não é dado pela própria norma-princípio². O peso é dado pelos valores, certamente. Se Alexy (2008) pode afirmar com segurança que princípios têm caráter deontológico, não pode garantir satisfatoriamente que sua proposta de sopesamento é capaz de assim conservá-los. Com efeito, a máxima da proporcionalidade, notadamente em seus exames de otimização em face das possibilidades fáticas (adequação e necessidade), requer do intérprete que escolha, a partir do conteúdo axiológico dos princípios deontológicos colidentes, aquele que mais peso (ou importância) tem diante do caso concreto. Sobre isso, leia-se o que escreve Marcelo Galuppo:

Se é possível uma aplicação gradual dos princípios, eles não podem ser caracterizados como normas jurídicas. Uma vez que as normas jurídicas se referem ao conceito de dever, como presuppõe o próprio Alexy, então elas somente podem ser cumpridas ou descumpridas. O dever, e conseqüentemente as normas, possuem um código binário, e não um código gradual. Portanto, dizendo entender que as normas jurídicas são conceitos deontológicos, Alexy se contradiz ao adotar um modelo axiológico

para explicar o funcionamento desse tipo específico de norma (os princípios). (GALUPPO, 1999, p. 196)

A queixa que a teoria de Alexy merece ouvir está bem aqui. Como visto, reconhece-se que as normas jurídicas (dentre elas os princípios) têm gênese axiológica e que, por conseguinte, é legítimo o processo de elevação dos valores a normas. Entretanto, a democracia tem insistido que isso é função do legislador – representante popular eleito – e não dos juízes. Mas o sopesamento permite que o juiz tome decisões apoiado no subjetivismo, uma vez que dá peso aos princípios colidentes conforme a valoração que ele mesmo é levado a realizar.

É tarefa da próxima seção examinar de que modo o subjetivismo perverte a aplicação da máxima da proporcionalidade e corrompe os fundamentos da teoria de Alexy.

4 O subjetivismo na aplicação da máxima da proporcionalidade

No que tange a este específico ponto (o subjetivismo), Habermas (2003) é um dos principais críticos da teoria de Alexy. Segundo ele, o dano à democracia ocasionado pelo uso do sopesamento consiste em dar vazão a concepções particulares quanto a valores – dentre os quais estão os valores morais –, em desrespeito à simetria entre os participantes do discurso que se presume respeitada no curso do processo legislativo. Numa sociedade, a escolha de um ponto de vista moral para dar peso a princípios não atende a um pressuposto de legitimidade intimamente ligado à democracia – a participação de todos os envolvidos –, pois pontos de vista sobre a moral podem ser restritos a comunidades específicas. Considerando que Habermas (2003, v. 1, p. 145) sustenta que “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros

do direito, num processo jurídico de normatização discursiva”, somente o direito pode enlaçar todos os membros de uma sociedade pluralista.

Alexy (2008, p. 165.) tenta responder a essa queixa afirmando que seu modelo não é um modelo decisionista, mas um modelo fundamentado, de modo que “um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional”. Assim, Alexy sustenta que sua fórmula não abriga subjetivismo, mas, pelo contrário, oferece meios de controle para se aferir a racionalidade das decisões, impedindo, portanto, que um ponto de vista moral e particular se imponha. É de se ressaltar, todavia, que no Posfácio, escrito em 2002, à sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Alexy alega nunca ter afirmado que o sopesamento conduz a decisões racionais em todo e qualquer caso. Segundo ele, sua teoria, sendo moderada, “sustenta que, embora o sopesamento nem sempre determine um resultado de forma racional, isso é em alguns casos possível, e o conjunto desses casos é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método” (ALEXY, 2008, p. 594).

Ora, ao contrário da interpretação feita por Alexy, não nos parece que a crítica de Habermas tenha dito algo em sentido oposto – e, se o tivesse feito, teria sido precipitada. A máxima da proporcionalidade permite sim que se chegue a decisões racionais, caso no qual, por exemplo, um juiz prudente, ciente do perigo do sopesamento, tratasse de se esforçar para afastar suas próprias preferências e – o que é mais difícil – referências. O problema é que, embora ela permita decisões racionais, não evita decisões irracionais, a partir do que se pode sim criticar o sopesamento como método de aplicação do direito.

Alexy (2008, p. 595) segue demonstrando que “é fácil encontrar exemplos nos quais sejam possíveis juízos racionais sobre intensidades de intervenções e graus de importância e, nesse sentido, nos quais se possa alcançar um resultado racional por meio de um sopesamento”, sendo que ele mesmo aponta alguns interessantes exemplos. Contudo, também não é difícil encontrar exemplos nos quais um juízo racional não é assim tão

simples de se empreender, comportando decisões múltiplas e divergentes, apesar de bem fundamentadas.

Utilize-se o emblemático caso do concurso de arremesso de anões como exemplo. Apesar de ser alvo de controvérsia em outros países, na França tomou dimensão mais ampla, uma vez que o tema foi levado ao Conselho de Estado, que, revertendo a decisão da primeira instância, considerou vedada a prática, por afrontar a dignidade da pessoa humana, ainda que demonstrado, no caso concreto, a inexistência de risco à saúde e a aquiescência dos próprios anões. A decisão fez uso da aclamada ética kantiana, para a qual o homem, sendo um fim em si mesmo, não pode ser tratado como meio (KANT, 2012).

Ocorre que, ao permiti-la guiar, sem freios, o raciocínio, essa máxima kantiana deveria fundamentar a proibição de lutas de boxe³. Ela não o faz porque é sopesada com outro valor, igualmente reconhecido por Kant, a autonomia, “propriedade que a vontade possui de ser lei para si mesma” (KANT, 2012). É isso que nos leva, pelo menos no Brasil, a admitir lutas de boxe e a proibir rinhas de galo, pois se reconhece a autonomia daqueles lutadores, mas não destes últimos.

Tanto o problema das lutas quanto o problema do arremesso de anões seriam uma colisão (usando o termo conforme Alexy), basicamente, entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade. Ao decidir pela vedação do concurso de arremesso de anões, o Conselho de Estado francês deu ao princípio da dignidade humana peso maior que ao princípio da liberdade, ao passo que os próprios anões fizeram o oposto, requerendo o direito de serem arremessados, pois assim escolheram⁴. Retorna-se às críticas à proposta de Alexy nesse ponto, pois se vê que o sopesamento, apesar de comportar fundamentação, recorre arbitrariamente aos valores de um grupo ou de um sujeito, a despeito da divergência em face dos valores de outro.

Um dos mais conhecidos episódios de uso do método do sopesamento no Brasil deveu-se ao Supremo Tribunal Federal (STF) no Mandado

de Segurança n. 82.424, também conhecido como o “Caso Ellwanger”. Siegfried Ellwanger, fundador de uma editora gaúcha que publicou livros de conteúdo antisemita (alguns de sua própria autoria), fora acusado de cometer crime de racismo. Além da discussão sobre se “judeu” estaria incluído no significado de “raça” para a Lei n. 7.716/1989, discutiu-se no STF um conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade de expressão. Nesse ponto, ficou patente a preferência pelo método de sopesamento de princípios exposto por Alexy, a exemplo dessa transcrição do voto do Ministro Gilmar Mendes, com destaques no original:

No caso concreto, poder-se-ia examinar se a decisão condenatória ao enquadrar, como racismo, a conduta do paciente e, portanto, imprescritível, atendeu às máximas do princípio da proporcionalidade.

[...]

Diante de tais circunstâncias, cumpre indagar se a decisão condenatória atende, no caso, às três máximas parciais da proporcionalidade.

É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. [...]

Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. [...]

A decisão atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo consti-

tuinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcusável para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.

Assim, a análise da bem fundamentada decisão condenatória evidencia que não restou violada a proporcionalidade.

Nesses termos, o meu voto é no sentido de se indeferir a ordem de *habeas corpus*. (BRASIL, 2004)

Igualmente adotando a máxima da proporcionalidade, o Ministro Marco Aurélio dá seu voto em sentido oposto. Leia-se:

A. O subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios (*Geeignetheit*) examina se a medida adotada é apropriada para concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público. Assim, cabe indagar se condenar o paciente e proibi-lo de publicar os pensamentos, apreender e destruir as obras editadas são os meios adequados para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de se incitar a discriminação. Penso que não, uma vez que o fato de o paciente querer transmitir a terceiros a sua versão da história não significa que os leitores irão concordar, e, ainda que concordem, não significa que vão passar a discriminar os judeus, mesmo porque, ante a passagem inexorável do tempo, hoje os envolvidos são outros.

[...]

B. O segundo subprincípio é o da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*), segundo o qual a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conser-

vação do objetivo que pretende alcançar. [...] Na hipótese, a observância desse subprincípio deixa ao Tribunal apenas uma solução cabível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente: conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu.

C. Finalmente, o último subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), também conhecido como “lei da ponderação”. O intérprete deve questionar se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado e à carga coativo-interventiva dessa medida. É realizado um juízo de ponderação no qual se engloba a análise de adequação entre meio e fim, levando-se em conta os valores do ordenamento jurídico vigente. [...] Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal idéia incitará a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira. [...]

Assim, aplicando o princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu, acredito que a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – por sinal, a reformar sentença do Juízo – não foi o meio mais adequado, necessário e razoável. (BRASIL, 2004)

Como pode, então, o mesmo método conduzir a soluções diametralmente divergentes? Acredita-se que, no caso, os valores guardados por cada ministro provocaram reflexo em suas decisões. Enquanto os valores

do Ministro Gilmar Mendes orientaram-no a dar maior peso ao princípio da dignidade humana (ou da não-discriminação⁵), os valores do Ministro Marco Aurélio instruíram-no a dar maior peso ao princípio da liberdade de expressão. Vê-se, nesse julgado, como o método do sopesamento permite aos juízes vincular cidadãos a uma concepção sobre “o que é bom” e não sobre “o que é devido”. A partir do sopesamento, o caráter deontológico dos princípios se perde, sendo essa uma das mais severas críticas de Habermas à teoria de Alexy⁶.

Ainda quanto ao Caso Ellwanger, é de se notar que a fundamentação quanto ao uso da máxima da proporcionalidade, pressuposto de decisão no qual Alexy se agarra para afirmar a racionalidade do método, foi presente nos dois votos, não obstante apontarem soluções opostas.

Desse modo, vê-se que a presença de fundamentação não é suficiente para afastar o subjetivismo dos julgadores, permitindo ainda o exercício do decisionismo, desta vez sob o capuz de uma proposta de solução de conflitos entre princípios. Solucionando conflitos de normas por meio de sopesamento de valores, os juízes passam a fazer administração judicial da moral (MAUS, 2000), impondo a todos a visão de parte (CHAMON JÚNIOR, 2004). Com efeito, arvoram-se eles na condição de guardiões da virtude (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004), como se fossem mandatários de uma sociedade que lhes depositou suas concepções morais, como assevera Cattoni de Oliveira:

Ao final, ao se reduzir o Direito a valores que, por sua natureza, não são homogêneos numa mesma sociedade, aumenta-se o risco da irracionalidade do processo jurisdicional de controle, transformando-o [n]uma instância político-legislativa que se sobressairia ao próprio legislador democrático. Instaurar-se-ia, desse modo, uma ditadura de “boas intenções éticas e políticas” que desrespeitaria a cidadania e o legislativo, à medida que os reduziria a meros tutelados do Tribunal

de cúpula, no caso do Supremo Tribunal Federal, ou, no caso alemão, da Corte Constitucional Federal. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 400)

Do exposto, não se deve deixar entender que a moral deve ser expurgada da construção do direito. Na verdade, a questão se refere à ocasião adequada, isto é, o momento no qual os valores adentrarão o processo de criação do direito. Esse é o objeto da seção adiante.

5 A ocasião dos valores

Para Habermas, os argumentos morais têm seu lugar no processo de formação das leis, podendo tornar-se norma jurídica e somente então encontrar vinculação coercitiva de todos, o que a moral, por si só, numa sociedade pluralista, não haveria de fazer. “Em sociedades complexas, a moral só obtém efetividade em domínios vizinhos, quando é traduzida para o código do direito” (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 145).

Pode-se dizer, então, que Alexy e Habermas concordam com a existência de relação entre o direito e a moral, mas discordam a respeito do ângulo a partir do qual se observa essa relação. Com efeito, Alexy (2008) entende que o discurso jurídico é um caso especial do discurso moral, no caminho das visões platônica (direito é cópia do ideal moral) e kantiana (direito é reflexo da moral). Contra isso, Habermas (2003) objeta que o direito considera outros argumentos além dos morais, tais como os pragmáticos e os ético-políticos⁷, de modo que o discurso jurídico não é um caso especial do discurso moral, como se fosse uma subespécie deste. Na verdade, o discurso jurídico e o discurso moral, assim como os discursos ético, político e pragmático, são ramificações autônomas de “discurso” que se relacionam por intermédio da democracia.

O problema da validade do direito, destarte, é mais amplo que o problema de sua compatibilidade com a moral, cumprindo considerar igualmente outros anseios intersubjetivos da comunidade, todos intermediados pela democracia, por força da qual o direito deve, inclusive, proteger uns das preferências valorativas dos outros. Não que os indivíduos estejam impedidos de buscar convencer os outros a se vincularem a sua perspectiva, a democracia apenas não admite que se faça uso do direito para tanto, sem que se tenha respeitado um procedimento a “pressupor pragmaticamente que, em princípio, todos os possíveis afetados poderiam participar, na condição de livres e iguais, de uma busca cooperativa da verdade, na qual a única coerção admitida é a do melhor argumento” (HABERMAS, 2003, v. 2, p. 215).

Entendendo-se que essa participação popular se dá pela via indireta do parlamento legislador⁸, quando o Poder Judiciário, alheio ao processo legislativo, faz justificação de normas jurídicas ao invés de aplicação, nos moldes do que sugere o método do sopesamento, arvora-se na condição de legislador concorrente (COURA, 2004), abrindo uma crise de legitimidade, pois “somente as instâncias que aplicam o direito legitimam-se pelo simples direito; isso, porém, impede que elas mesmas o normatizem” (MAUS apud HABERMAS, 2003, v. 1, p. 324). O Legislativo, que se legitima na vontade popular constitucionalmente manifestada, estabelece a lei. O Judiciário, que se legitima na lei, não pode estabelecê-la, pois, se o fizesse, ao final, estaria legitimando a si mesmo.

A Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n. 855 é um claro exemplo no qual a máxima da proporcionalidade permitiu ao Judiciário trabalhar como legislador concorrente, a apreciar o trabalho do legislador parlamentar do ponto de vista substancial e valorativo. Nessa ADI, examinou-se lei do Estado do Paraná que obrigava a pesagem do botijão de gás na presença do consumidor, exame que o STF realizou mediante emprego da máxima da proporcionalidade frente a uma colisão entre o princípio da proteção ao consumidor e o que se convencionou chamar de

princípio da liberdade profissional. Ao cabo, o Tribunal fez cair a norma pelo juízo de adequação, pois ela não serviria para proteger o consumidor e, portanto, restringiria a liberdade profissional do vendedor sem ampliar a defesa do consumidor. Nesse caso, nota-se que o STF apontou inconstitucionalidade não porque havia contrariedade da lei paranaense junto a algum dispositivo da Constituição da República, mas porque a lei foi mal pensada pelo legislador estadual e, portanto, é “ruim”. Interessante observar que o Ministro Eros Grau, presente, mas, todavia, impedido de votar, procurava alertar os demais:

O meu temor é com relação ao princípio da proporcionalidade, porque isso significa que estamos julgando o legislador, estamos a ele imputando um desvio de processo legislativo. Nós temos competência para apreciar a constitucionalidade de lei, não se ela é boa ou má. E, independentemente de ser boa ou má, se não viola a Constituição, a única maneira de investir contra ela seria nós nos candidatar e participarmos do Poder Legislativo. O Poder Judiciário não pode praticar aquilo que Canotilho chama de “desvio de Poder Legislativo”.

É uma pena que eu não vote.

[...]

Eu pediria ao Tribunal que dissesse: há uma ofensa a tal ou qual preceito constitucional. Singelamente, sem explicitar que há uma ofensa ao tal princípio da proporcionalidade, que nem é princípio; é uma pauta, um método de avaliação da ofensa, ou não, à Constituição.

[...]

É neste ponto que insisto. Esta Corte deve decidir confrontando o texto normativo com o texto da Constituição. Não estamos aqui para exercer o controle da proporcionalidade das leis. Se o fizéssemos estaríamos a corrigir o legislador. (BRASIL, 2009)

Pois então, o método do sopesamento apresenta ao juiz opções entre o bom e o mau – considerada toda sorte de gradação existente entre as duas categorias – e não entre o devido e não devido – código binário que não comporta gradação. É certo que escolhas valorativas entre o bom e o mau são correntemente demandadas. O debate não diz respeito a ignorá-las ou não, mas é acerca de a quem lhes cabe, o legislador democraticamente escolhido ou o juiz. Se alguém disser que é o juiz, deverá, por coerência, alterar seu conceito de Constituição, como bem registra Ingeborg Maus:

A apropriação da persecução de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida – tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista da democracia – como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma “teologia constitucional”. (MAUS, 2000, p. 192)

Essa linha de raciocínio leva a concluir que a ocasião dos valores é no processo legislativo, afrontando a democracia quando se insere nos trabalhos do Judiciário, cuja função não é avaliar o trabalho normativo do legislador, mas aplicar a norma cuja emissão é competência deste. Dada a inviabilidade de todos os cidadãos se manifestarem, no Poder Legislativo, considerada sua representatividade, é que deságua o produto do auto entendimento entre grupos de sociedades pluralistas sobre os valores que orientarão suas vidas em um espaço comum.

6 Considerações finais

Acima, demonstrou-se como a aplicação da máxima da proporcionalidade, apresentada por Robert Alexy, abriga uma concepção axiológica dos princípios, permitindo, a despeito da presença de fundamentação – o que, para Alexy, seria a garantia contra a arbitrariedade –, que o Poder Judiciário dê vazão a conclusões subjetivas.

Como alternativa à ponderação de princípios, tem-se (inclusive Habermas) apontado o juízo de adequabilidade, segundo apresentado por Klaus Günther, a consistir numa relação entre a situação concreta e todas as normas que a ela possam se aplicar. A chave do juízo de adequabilidade é apontar qual norma *deve ser* aplicada ao caso – no que desponta a manutenção do seu caráter deontológico –, e não qual norma cumpre otimizar em face de outra. Considerando um corte que é necessário em um trabalho como este, que pretende ser sucinto, não se aprofundará a exposição sobre o juízo de adequabilidade em Günther, mas ainda é necessário acrescentar que, além da manutenção da natureza deontológica dos princípios, preocupa-se em adotar uma perspectiva procedimentalista, como se segue:

A concepção dos princípios de Alexy, como mandamentos de otimização, havia-nos alertado quanto ao perigo que poderá surgir ao se projetar, por exemplo, um modelo de valor em uma teoria de estrutura de norma. A decisão por uma norma adequada se reduz, neste caso, a uma decisão pelo estado relativamente melhor que, na respectiva situação, também será o ótimo. O problema assim aludido consiste no perigo de se introduzir, no momento de determinar a estrutura de argumentação, os critérios materiais que, por si próprios, deveriam constituir tema de uma argumentação de adequação. Um conceito procedimental de adequação ou uma aplicação procedimental de normas deveria, entretanto, conter-se diante de tais critérios materiais

implícitos. Se se pretende que exista adequação na consideração de todos os sinais característicos situacionais, o método de consideração não poderá, por sua vez, ser determinado por meio de critérios materiais. (GÜNTHER, 2004, p. 351-352)

Com efeito, a perspectiva procedimentalista corresponde à participação argumentativa de todos os interessados. Em um discurso de aplicação, adotado no bojo de um processo judicial, deve-se garantir às partes a ampla defesa e o contraditório, oportunidade para alimentar argumentativamente o Poder Judiciário. É certo, entretanto, que a participação de todos os interessados pela via da ampla defesa e do contraditório é dificultada em processos objetivos, isto é, aqueles ligados ao controle abstrato de constitucionalidade (a exemplo da ADI n. 855/PR, citada acima), em que não há propriamente que se falar em partes. Quanto a isso, é interessante notar instrumentos tais como o *amicus curiae* e as audiências públicas, a também operar na alimentação argumentativa da Jurisdição Constitucional, mitigando o prejuízo ocasionado pela ausência de partes no processo.

Entende-se que, em todo caso, a perspectiva procedimentalista confere maior legitimidade aos trabalhos do Poder Judiciário, colaborando para o controle social das instituições, tão caro ao Estado Democrático de Direito, e prestando-se a evitar o subjetivismo nas decisões judiciais. “Afinal, interpretar o Direito *legitimamente* não implica transformar-nos nem em pregadores de nossa concepção ética, muito menos em servos a valores alheios...” (CHAMON JÚNIOR, 2004, p. 120).

Notas

- 1 O exemplo do incêndio é usado por Alexy somente para explicar o conflito entre regras, preferindo outros exemplos (julgados do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) para explicar o conflito entre princípios. A continuidade do exemplo do incêndio, usado neste artigo para explicar o conflito entre princípios segundo Alexy, é livre criação da

turma da Profa. Iara Menezes Lima na disciplina “Temas de Hermenêutica Jurídica – Hermenêutica Constitucional” no primeiro semestre de 2009.

- 2 Nesse sentido, Habermas (2003, v. 1, p. 315): “Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não pode ser extraído [sic] da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim”.
- 3 A (i)moralidade do boxe, ou pugilismo, é objeto de discussão em certos círculos, a exemplo da Igreja Católica, como se pode ler em Pe. Mário Marcelo Coelho (2007, p. 156): “as lesões no boxe são inequivocamente lesivas à integridade física e são lesões voluntariamente queridas, por isso o boxe é imoral. É altamente negativa a influência que esse tipo de esporte exerce sobre a convivência humana, exaltando a supervalorização da força bruta e da violência física”. É relevantíssimo anotar que, na primeira Olimpíada da era moderna, no ano de 1896, em Atenas, o pugilismo foi excluído em razão do perigo de sua prática. Tendo sido incluído nos Jogos de 1904, voltou a ser excluído no ano de 1912, em Estocolmo, porquanto a Suécia proibia o esporte (INTERNATIONAL, 2012). Desde 1920, nos Jogos de Antuérpia, é ininterruptamente um esporte olímpico.
- 4 Apesar da gravação indireta e da péssima qualidade da imagem, é interessante ver a reportagem do “SBT Repórter”, disponível no sítio de vídeos *YouTube*, sobre o problema na Austrália. (SBT, 2012)
- 5 Os autores deste artigo entendem que seria correto mencionar o princípio da não-discriminação, uma vez que o princípio concorrente – da liberdade da expressão – também pode ser conduzido à noção de dignidade humana, como elemento que igualmente a preenche. Isso evitaria colocar em oposição dois princípios que compartilham significados.
- 6 Sobre isso, Marcelo Galuppo (1999, p. 197) escreve: “O argumento de Habermas é o seguinte: ao considerarmos os valores como fundamento para nossas ações, estamos assumindo uma perspectiva ligada à racionalidade instrumental (aquela que, teleologicamente, procura adequar os meios aos fins). Isso porque, quando argumentamos com base nos valores, estamos levando em conta não propriamente o que é correto, mas aquilo que é bom para que uma determinada comunidade realize seus próprios fins. Evidentemente, nem sempre aquilo que é bom é aquilo que é devido, sobretudo na perspectiva da própria axiologia. E uma fundamentação axiológica implica sempre uma hierarquização relativa a uma comunidade, pois aquilo que é o melhor para uma comunidade não é necessariamente o melhor para outra, sendo portando uma fundamentação iminentemente [sic] histórica, e não racional”.
- 7 Todos teleológicos, ou seja, orientados a um fim.
- 8 Nesse sentido, Habermas (2003, v. 1, p. 213 e 215) escreve: “Ora, a decisão fundamentada e obrigatória sobre políticas e leis exige, de um lado, consultas e tomadas de decisão *face to face*. De outro lado, nem todos os cidadãos podem ‘unir-se’ no nível de interações simples e diretas, para uma tal prática exercitada em comum. O *princípio parlamentar* da criação de corporações deliberativas representativas oferece uma saída alternativa. [...] A competência legislativa, que fundamentalmente é atribuída aos cidadãos em sua totalidade, é assumida por corporações parlamentares, que *fundamentam* leis de acordo com um processo democrático”.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 855/PR*. Rel. Min. Octávio Gallotti. Data de julgamento: 6 mar. 2008. Publicação DJe: 27 mar. 2009. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Mandado de Segurança n. 82.424/RS*. Rel. Min. Moreira Alves. Data de julgamento: 17 set. 2003. Publicação DJ: 19 mar. 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 ago. 2009.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 359-402, 2004.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 79-120, 2004.

COELHO, Mário Marcelo. *O que a Igreja ensina sobre...* São Paulo: Canção Nova, 2007.

COURA, Alexandre de Castro. *Para uma análise crítica da “jurisprudência de valores”: contribuições para garantia dos direitos fundamentais e da legitimidade das decisões judiciais no paradigma do Estado Democrático de Direito*. 2004. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 143, p. 191-210, jul./set. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/514>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Trad. Cláudio Molz. Int. Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2 v.

INTERNATIONAL Olympic Committee (IOC). *Sítio institucional*. Disponível em: <http://www.olympic.org/uk/sports/programme/index_uk.asp?SportCode=BX>. Acesso em: 18 fev. 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. Disponível em: <<http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: *Novos Estudos*. São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SBT Repórter – Arremesso de anões. *Youtube*, 7 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=Ta9AbGXr_GM>. Acesso em: 18 fev. 2012.

recebido em 5 mar. 2013 / aprovado em 6 jun. 2013

Para referenciar este texto:

LIMA, I. M.; MORAES, A. J. L. Subjetivismo na aplicação da máxima da proporcionalidade. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 253-274, jan./jun. 2013.