

A TEORIA DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E O ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO POSSÍVEL DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PELO STF

Amanda Santos Dias²; Renata Silva Gomes³

Resumo: *O presente trabalho versa sobre um tema polêmico que é a utilização da Teoria da Ponderação de Princípios, do jurista alemão Robert Alexy, para a resolução de casos complexos em que há conflito entre princípios constitucionais. Pretendeu-se inicialmente fazer uma análise pormenorizada da diferença entre princípios e regras dentro do ordenamento jurídico pátrio. Em seguida, o estudo versa a cerca da estrutura da Teoria de Alexy e como de fato é aplicada no Supremo Tribunal Federal nas decisões em que há a ponderação de valores. O intuito é verificar se a margem de discricionariedade trazida por essa teoria é alargada pelos julgadores pátrios, usada de maneira equivocada, subjetiva, caracterizando, assim, o chamado ativismo judicial. O objetivo desse trabalho, portanto, é averiguar se há, de fato, desvirtuamento do princípio da proporcionalidade jurisprudência da Corte Suprema do Brasil, partindo da análise de casos polêmicos como o Ellwanger e de o Investigação de Paternidade – condução do réu “debaixo da vara”.*

Palavras-chave: *Caso Ellwanger; Mandados de otimização; Robert Alexy; Teoria da Ponderação de Princípios.*

Introdução

A normatização dos direitos fundamentais pela Constituição brasileira trouxe para o ordenamento jurídico uma interlocução entre o Direito, moral, política e princípios básicos da dignidade do ser humano, tornando o texto constitucional a norma máxima do país. (ÁVILA, 2005)

O Direito se expressa por meio de normas, sendo estas subdivida em regras e princípios. As primeiras disciplinam uma determinada situação em

²Amanda Santos Dias. Graduanda em Direito – FACISA/UNIVIÇOSA. E-mail: amandasantosdias@hotmail.com

³Renata Silva Gomes (Orientadora). Doutoranda e Mestre em Teoria do Direito pela PUC MINAS, Professora da UNIVIÇOSA. E-mail renatagomesgomes@gmail.com

concreto, valendo-se da lógica do tudo ou nada. Assim, quando duas regras colidem no caso concreto, apenas uma regra será aplicável, afastando a aplicação da outra. Já os segundos, os *princípios*, tem seu campo de incidência muito mais amplo que o das regras, pois servem como uma orientação na decisão do julgador. Entre eles pode haver “colisão”, pois encontram os seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Constituição. Para tanto, quando colidem, estes não se excluem, devendo haver uma ponderação de qual desses princípios é mais preponderante em um caso concreto. São chamados por Alexy (1997) em sua Teoria da Ponderação como “mandados de otimização”, tendo como função *fundamentar, interpretar, suplementar ou integrar os valores*.

Na busca de convivência harmônica dos princípios dentro do ordenamento jurídico, a corrente doutrinária majoritária do país, assim como o Supremo Tribunal Federal, adotou como forma de resolução dos conflitos a Teoria da Ponderação de Princípios do jurista alemão Robert Alexy (1997). A referida teoria consiste na aplicação da proporcionalidade. Ressalta-se que a aplicação deste princípio exige que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade, como a adequação (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessidade (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcionalidade em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Entretanto, o uso indistinto dessa máxima, sem a utilização correta os critérios acima mencionados, podem gerar decisões solepcistas ocorrendo à substituição dos juízos morais e políticos pelo do próprio magistrado, corrigindo, modificando ou complementando o sentido das leis para alcançar o resultado pretendido pelo julgador. Característica, esta, notória do fenômeno conhecido como ativismo judicial, que compromete a legitimidade democrática, já que membros do Poder Judiciário exercem certo poder político, sem terem sido eleitos para tanto. (BARROSO, 2016). Logo, far-se-á a análise dos posicionamentos dos ministros frente à colisão de princípios, focando nos acórdãos em que ocorrem conflitos de direitos estritamente pessoais, como no caso de investigação de paternidade (HC 71373) e o direito à dignidade

do povo judaico, caso Ellwanger (HC 82424/RS) com intuito de descortinar a relação existente entre a utilização da proporcionalidade pelo aplicador do direito e o fenômeno do ativismo judicial no Brasil, assim como, buscar novas formas de interpretação tendo como pilares a legalidade e a máxima efetividade da Constituição, sem, no entanto dar margem à discricionariedade.

Material e Métodos

A pesquisa será realizada através de revisão jurídico-teórica com a análise de artigos, doutrinas em comparação com o caso concreto abordado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, poderá dimensionar se o princípio da proporcionalidade é moldado para se adequar ao juízo do julgador com o foco nos casos: HC 71373-4: Investigação de paternidade - exame de DNA e o HC 82424/RS: Liberdade de expressão VS dignidade humana- caso Ellwanger. Desta forma realizou-se um estudo crítico da literatura acrescentando à ela as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal que envolvam uma ampliação de sua competência, ou uma possível invasão da competência do poder legislativo pelo poder judiciário.

Resultados e Discussão

A lide estudada, Liberdade de expressão VS dignidade humana- caso Ellwanger, envolveu uma discussão acerca do princípio da liberdade de expressão, quando em colisão com o princípio da isonomia, norma constitucional que incrimina práticas discriminatórias. Discutiu-se, nesse contexto, se os livros impugnados poderiam ser protegidos pela liberdade de expressão. A partir da aplicação da Teoria da Ponderação de Princípios de Alexy (1997), por meio da ponderação entre princípios, o Ministro Gilmar Mendes dissertou que todos os direitos básicos possuem uma “essência intocável”, cuja restrição encontra limite no princípio da proporcionalidade. Assim, o referido Ministro votou pela incriminação do livro antissemita, por ser adequada, assegurando uma sociedade pluralista, tolerante, bem como tutela pela dignidade humana e o pluralismo político; também afirmou ser necessária, não havendo nenhum outro meio menos nocivo e igualmente eficiente para tal; bem como

proporcional em sentido estrito, pois se verificou a proporcionalidade entre o fim perseguido (a preservação da dignidade humana e dos valores inerentes a uma sociedade pluralista) e os limites impostos à liberdade de expressão do autor dos livros impugnados. Já o Ministro Marco Aurélio, utilizou-se, também, do princípio da proporcionalidade, para defender decisão diametralmente oposta. Afirmou que a liberdade de expressão é fundamentada no princípio democrático. Assim, o referido Ministro entendeu que a condenação do autor dos livros pela prática de racismo era inadequada, porque a proibição de publicação das obras em nada contribuiria para fazer cessar o antisemitismo; seria desnecessária, pois não era o meio menos agressivo para tutela da isonomia no caso; e desproporcional em sentido estrito, porque o conteúdo dos livros impugnados nunca seria capaz de levar a sociedade brasileira a uma discriminação de judeus, enquanto, simultaneamente, eliminava por completo o exercício da liberdade de expressão do autor das obras. Portanto, o Ministro, aplicando o princípio da proporcionalidade, afirmou que a simples publicação de livros, ainda que de conteúdo discriminatório, não poderia ser considerada como abuso do exercício da liberdade de expressão, em face da impossibilidade de tais livros representarem perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país que nunca cultivou sentimentos antisemitas.

Já o HC 71373-4: Investigação de paternidade, discutiu-se a colisão entre os Direitos de Intangibilidade física do corpo VS Direito à real identidade da criança, conhecido como condução do réu “debaixo de vara”. O réu alegava que não havia lei que o obrigasse a produzir provas que confirmassem a paternidade, alegando sofrer constrangimento ilegal. O ministro Marco Aurélio foi vencedor na tese que é “irrecusável o direito do paciente de não permitir que se lhe retire das próprias veias, a porção de sangue, por menor que seja para a realização do exame” já que a inspeção do corpo humano só é moralmente legítima quando há consentimento, além de estar ofendendo à sua dignidade. No entanto, o ministro Francisco Resek apontou em seu voto, que o direito ao próprio corpo não é absoluto, como nos casos de vacinação em nome da saúde pública, e, devido a isto, o direito à identidade real da criança e não presumida, para ele, parece-lhe sobrepor à integridade física, já que a intervenção seria mínima. Além disso, a Constituição impõe o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança o direito à dignidade,

ao respeito, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência. Assim, o direito da criança em conhecer o pai biológico, neste caso em concreto, insere-se no direito à dignidade da pessoa humana, sendo este o princípio de maior valor.

Considerações Finais

O critério da proporcionalidade é, no Brasil, caracterizada por certa imprecisão e sincretismo. Em geral, o método é reduzido a um mero exame de razoabilidade, intrínseco à tradição do common law. (OLIVEIRA, 2007) É preciso denotar, portanto, que a aplicação da Teoria da Ponderação, tomada no contexto do princípio da proporcionalidade, obteve resultados disjuntos entre os magistrados no primeiro caso, oscilando conforme a ênfase dada ora na liberdade de expressão conforme preconizou Ministro Marco Aurélio, ora na isonomia como julgou o Ministro Gilmar Mendes, elevando o risco de decisões solepcistas, e à relativização discricionária de direitos fundamentais de acordo com concepções prévias dos ministros. Já no segundo caso concreto, os ministros em seus votos reconheceram a ocorrência da colisão de direitos fundamentais, assim como a necessidade de se sopesar dos valores ali presentes. No entanto, nenhum dos magistrados utilizou-se do método de ponderação de valores da forma correta. Apenas expuseram suas decisões já tendo definido qual o direito ou “de que lado” que ficariam. Percebe-se que, eles detectam que há confronto de direitos e que a melhor maneira de solucioná-los é a ponderação de valores, mas preferem expor sua concepção prévia sobre o assunto, sem explicitar os porquês que os levaram a preferir um direito ao outro dentro do conflito. Diante do exposto, é possível notar que a Teoria da Ponderação não é utilizada na sua verdadeira essência, mas, sim, como um engodo para que o magistrado interprete as normas de acordo com a sua convicção. Assim, com intuito de se ter decisões mais adequadamente fundamentadas, torna-se necessário objetivar o método a ser utilizado no conflito entre direitos fundamentais. Essa é uma tarefa difícil, na medida em que há diferentes concepções para os problemas práticos, os consensos fáticos são raros e de tais juízos fáticos não se podem extrair premissas normativas (ALEXY, 1997; LANE, 2004). Mesmo no conjunto de um ordenamento

podem ser encontradas valorações divergentes, e o Direito não é indiferente às razões pelas quais ou o modo pelo qual um juiz decide. Na resposta a tais questionamentos, têm sido propostas três vias; (a) a ideia de que quem decide deve ajustar-se aos “valores da coletividade ou de círculos determinados”; (b) o recurso ao “sistema interno de valorações do ordenamento”; (c) o apelo a uma “ordem concreta de valores”(SILVEIRA, 2016). Esses são alguns dos elementos que podem ser norteadores para decisões menos discricionárias, dado que a discricionariedade é o caminho mais certo ao ativismo judicial.

Referências Bibliográficas

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

ÁVILA, H. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios. 4^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, L.R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 06 jun 2016.

LANE, R. O Entendimento Do Stf Em Alguns Casos De Colisão De Direitos Fundamentais. 2004. 34 f. Monografia – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2004

SILVEIRA, Vinicius Loureiro Da Mata. Ponderação e proporcionalidade no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f4b7fd3eea0af87>> Acesso em: 10 jun 2016.