

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA ODERLÂNIA TORQUATO LEITE

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/ UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Maria Oderlânia Torquato Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-206-4

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias do Direito. 3. Realismo Jurídico.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O XXV ENCONTRO DE BRASÍLIA reuniu pela quarta vez o Grupo de Trabalho (GT) "Teorias do Direito e Realismo Jurídico", proposto inicialmente no CONPEDI UFPB. O núcleo da discussão no GT toca em vários temas como se pode perceber pela exposição dos artigos que compõem este livro.

Basicamente o leitor encontrará aqui os seguintes âmbitos de desenvolvimento do debate, inicialmente os artigos de cunho mais puramente teórico, e nestes também incluídos aqueles que concentram a análise a partir de um marco teórico, no caso são destaques Hart, Dworkin, Gadamer e Alexy. Ainda no plano da teoria do direito temos alguns artigos com foco no debate entre linguagem e direito, estes porém já transitam do âmbito mais abstrato para o concreto e preparam o terreno para o diálogo de viés constitucional, aí destacando-se o protagonismo do Judiciário, o ativismo judicial etc como temas afins.

Assim, o debate sobre o realismo jurídico, expressando na sua versão norte-americana o foco no protagonismo do poder judiciário e na sua versão escandinava o cerne linguístico para percepção do jurídico, ambas vertentes encontram guarida nos dezenove capítulos que compõem este livro resultado do GT ocorrido no XXV Encontro Nacional do CONPEDI entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, na Capital Federal, numa parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

Em apertada síntese, compõe o primeiro momento do livro os artigos com as seguintes abordagens teóricas do direito: "TEORIA DA NORMA: UMA FORMA ESTRUTURADA DE ANÁLISE DO DIREITO", que propõe a conciliação de dois postulados para o modelo teórico de norma jurídica que permite uma compreensão ampla e estruturada do Direito. De um lado, a semiologia permite compreender o processo de interpretação e a formação de sentido para o jurista, e, de outro, a ideia de norma como mandamento condicional hipotético possibilita sua análise estrutural; "A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E A CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO" no presente trabalho o objetivo é explorar as mudanças ocorridas no direito contemporâneo, sobretudo, no pós-guerra, destacando o papel ocupado pela teoria crítica da sociedade, nos moldes da Escola de Frankfurt, quanto à leitura da estrutura jurídica no contexto das sociedades plurais e complexas que marcam os tempos hodiernos; "AS

BASES E OS DESAFIOS DA CIÊNCIA DO DIREITO : UMA ANÁLISE DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS" cuja análise proposta visa compreender a maneira pela qual os princípios adquiriram tal característica e, especialmente, o papel cumprido por eles quanto à sua eficácia jurídica; "A DISTINÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS POSITIVOS E NEGATIVOS, E O CONFLITO ENTRE O SIGNIFICADO CLÁSSICO E O SIGNIFICADO CONTEMPORÂNEO DE SEUS CONTEÚDOS" neste o estudo resulta do intento de estabelecer um conceito que harmonize fundamentos jurídicos reconhecidamente opostos, demonstrando a separação essencial do conteúdo jurídico dos direitos positivos e negativos.

Ainda num âmbito teórico mas focado no aspecto linguístico-argumentativo, três artigos vêm em sequência: "FONTES DO DIREITO NO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO E NA TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO: DADO OU CONSTRUÍDO?" analisando a teoria das fontes do direito a partir da dogmática tradicionalista, da escola do Constructivismo Lógico- semântico e da Teoria Comunicacional do Direito, respondendo, para cada um desses paradigmas, se o direito é "dado" ou "construído"; "SIGNIFICADO, PROCESSO E LINGUAGEM" defendendo a tese que não há compreensão fora de seu contexto, e o contexto significa na medida em que uma comunidade determina e atua quando com ele defrontada. Dessas considerações busca-se analisar como a filosofia do direito reagiu a essas mudanças, e as saídas propostas na filosofia do direito contemporânea; e "O PAPEL DO ARGUMENTO SILOGÍSTICO NA JUSTIFICATIVA DA DECISÃO" que busca demonstrar o papel central e contemporâneo do silogismo na argumentação jurídica como importante instrumento para justificar uma decisão judicial.

Passando para o foco autoral e assim sendo o critério de agrupar temas, seguem os artigos: "DISCRICIONARIEDADE E DECISÃO JUDICIAL: ENTRE HART E DWORKIN" cujo trabalho se destina a analisar a teoria de Hart e de Dworkin no que diz respeito, principalmente, aos seguintes quesitos: regras, regras de reconhecimento, princípios e discricionariedade judicial; Ainda explorando a discricionariedade o artigo "CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA X NEOCONSTITUCIONALISMO: LIMITE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL" objetiva traçar as semelhanças e distinções entre o garantismo e o (neo)constitucionalismo, aqui avaliado como um constitucionalismo principialista; e concentrado no debate entre aqueles autores, "O DEBATE JURÍDICO ENTRE DWORKIN E HART: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E A MORAL EM “LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO” E “O CONCEITO DO DIREITO” tem como objeto de estudo a exposição do debate travado entre Ronald Dworkin, e de H. L. A Hart em especial, as três teses sobre o que seria o Positivismo Jurídico e contrastá-las com as ideais de Hart; Já cotejando Dworkin com Gadamer, o artigo intitulado "OS PRINCÍPIOS

NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DIRETRIZES DE REGULAÇÃO A PARTIR DOS TRABALHOS DE RONALD DWORKIN E HANS-GEORG GADAMER" traz a questão da hermenêutica constitucional, na qual se possa ancorar a legitimidade jurídico-normativa dos Princípios e nesse caminho teórico, apresentam-se diretrizes para a delimitação de um núcleo objetivo de legitimação do Poder Jurisdicional, com base na "resposta correta" em Dworkin e na "correção da interpretação", proposta por Hans-Georg Gadamer; Passando para o referencial em Alexy, temos os artigos: "A TESE DO CASO ESPECIAL NA FORMA DA TEORIA DO DISCURSO: UM ESTUDO EM ROBERT ALEXY" cuja tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso pode ser considerada o elemento de destaque da teoria do direito de Robert Alexy, uma vez em que nela já se encontram as bases de todo seu pensamento, inclusive a teoria dos princípios e o conceito de direito; e "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.856/RJ – UM ENSAIO CRÍTICO A PARTIR DO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY" ao abordar a "lei do sopesamento" de Robert Alexy que se propõe a determinar qual "deve ser" o princípio a ser utilizado em caso de colisão entre princípios e tenta demonstrá-lo na decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, quando a Suprema Corte decidiu sobre o angustiante problema das "rinhas ou brigas de galo"; sobre a proporcionalidade, o artigo "MODELO CONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE" estuda a ponderação dos princípios através da técnica da proporcionalidade, que visa atribuir racionalidade as decisões, mas não elimina o subjetivismo, pois não há uma aplicação objetiva com valores pré-definidos, ainda que propicie obrigatoriedade de uma forte argumentação jurídica na fundamentação da decisão.

Com cerne constitucional, o bloco final de artigos encerram o livro, são eles: "O NEOCONSTITUCIONALISMO E O MODERNO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS ATRAVÉS DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO, UMA OBRIGAÇÃO POSITIVA DOS JUÍZES DIANTE DAS LACUNAS LEGISLATIVAS" no qual se observa que um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito é a separação dos Poderes, mas atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, pois uma corrente neoconstitucionalista ou pós-positivista vem impondo uma nova visão sobre as formas de relacionamento entre os Poderes; "CIRCUNSTÂNCIAS FAVORECEDORAS DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO DEBATE E SOLUÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICO-SOCIAIS" com um análise pontual sobre as circunstâncias que favorecem o importante papel atualmente desenvolvido pelo Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, na proteção dos interesses das minorias e no debate político; "NORMAS DECLARATÓRIAS DE PRINCÍPIOS PROGRAMÁTICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA" o

presente propõe uma análise dos impactos da classificação das normas constitucionais declaratórias de princípios programáticos, na visão da teoria tripartite do ilustre jurista José Afonso da Silva, no atual panorama de constitucionalização simbólica; "O CONSTITUCIONALISMO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O CRESCENTE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES SUBSTANCIALISTAS" tratando da evolução do constitucionalismo até o neoconstitucionalismo, com foco nas Constituições Brasileiras de 1946 e 1988 e a atuação do Supremo Tribunal Federal para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, tem por objetivo principal compreender por que a Corte Constitucional pátria vem dominando o cenário político não obstante a atipicidade desse movimento; e continuando o debate sobre o protagonismo judicial "ATIVISMO JUDICIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA REALIDADE BRASILEIRA SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL" parte da investigação da expressão "ativismo judicial" para analisar a interpretação judicial do tipo construtiva ou autorrestritiva tendo como objeto de estudo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre desaposentação.

Eis, pois, uma breve apresentação dos artigos com o fito de estimular o leitor a diretamente ir para os artigos. Boa leitura!

Profa. Dra. Lorena Freitas

Adjunta IV UFPB/PPGCJ - líder do Grupo de Pesquisa/CNPq "Realismo Jurídico"

Profa. Dra. Maria Oderlânia Torquato Leite

Adjunta I - URCA

MODELO CONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE.

CONSTITUTIONAL MODEL AND RATIONALITY IN JUDICIAL DECISIONS FROM PROPORTIONALITY TECHNIQUE.

Thiago Alves Feio ¹

Resumo

Nos sistemas jurídicos atuais, o conteúdo das Constituições é composto por valores que servem para limitar a atuação do Estado. O órgão encarregado do controle desse sistema, geralmente, é o Poder Judiciário. Essa escolha acarreta dois problemas principais, a tensão entre democracia e constitucionalismo, e a subjetividade nesse controle. Uma das soluções para subjetividade é a ponderação dos princípios através da técnica da proporcionalidade, que visa atribuir racionalidade as decisões. Essa técnica não elimina o subjetivismo, pois não há uma aplicação objetiva com valores pré-definidos. Entretanto, propicia obrigatoriedade de uma forte argumentação jurídica na fundamentação da decisão.

Palavras-chave: Constituição, Controle do estado, Subjetivismo, Técnica da proporcionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

In the current legal systems, the content of the Constitutions consists of values that serve to limit state action. The department in charge of the control of this system is, usually, the Judiciary. This choice leads to two major problems, the tension between democracy and constitutionalism and the subjectivity that control. One of the solutions to subjectivity is weighting of principles through the proportionality technique, which aims to give rational decisions. This technique doesn't eliminate subjectivism, because there is no objective application with predefined values. However, it provides requirement of a strong legal argument in the grounds of the decision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Control of the state, Subjectivism, Proportionality technique

¹ Mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional no CESUPA e Pós-Graduando em Direito e Processo do Trabalho na FGV.

INTRODUÇÃO

Nos sistemas jurídicos atuais, o modelo mais adotado se caracteriza por posicionar a Constituição como centro do ordenamento jurídico. A Constituição irradia seu conteúdo por todo ordenamento e complexo do Estado.

O conteúdo das Constituições é composto por valores que servem para limitar o Estado tanto em suas ações como em suas deliberações na edição das leis infraconstitucionais. Essa limitação visa evitar os excessos do poder público em suas restrições aos direitos fundamentais e leis que tenham conteúdo contrário aos ditames Constitucionais.

Para o funcionamento correto desse sistema é necessário um controle de constitucionalidade dos atos e deliberações do Estado, a fim de resguardar a coesão e legitimidade do sistema.

O órgão competente para realizar esse controle, na grande maioria dos países que adotam esse modelo, é o Poder Judiciário. No entanto, a escolha desse órgão acarreta uma série de problemas. Dentre esses problemas, os dois principais são a tensão entre democracia e constitucionalismo, e a subjetividade nesse controle.

A tensão entre democracia e constitucionalismo diz respeito ao entendimento de democracia como vontade da maioria expressa através da atuação e deliberação dos representantes escolhidos pelo povo. Quando o Poder Judiciário é escolhido para controlar os atos e leis desses representantes do povo, constitui um poder que não teve qualquer eleição democrática controlando atos dos representantes do povo e, portanto, a vontade desse.

Com relação a subjetividade no controle de constitucionalidade, as críticas giram em torno da ausência de racionalidade na aplicação das normas, pois os valores contidos na Constituição em forma princípios possuem caráter aberto, ou seja, não possuem um conteúdo claramente definido e são satisfeitos através de graus de satisfação, ao contrário do tudo ou nada das regras.

A colisão entre princípios propicia certa margem de manipulação pelo interprete. Essa margem que possui o Poder Judiciário pode levar a arbitrariedade, por conta da imposição de suas vontades em detrimento da vontade do povo.

Uma das soluções que surge para essa questão é a ponderação dos princípios através da técnica da proporcionalidade, que visa atribuir racionalidade à ponderação dos princípios por meio de suas etapas e da fórmula do peso.

No entanto, mesmo com a aplicação dessa técnica a atuação do Poder Judiciário não está livre de críticas que contestam a proporcionalidade como meio de trazer racionalidade à ponderação. Dentre os críticos, se destaca Jürgen Habermas como principal contestador desse método.

Esse trabalho visa realizar uma análise crítica das questões que envolvem a adoção desse modelo de sistema jurídico, para identificar quais as contribuições desse modelo, os problemas enfrentados e se sua finalidade é efetivamente atingida.

Para tanto serão expostos as circunstâncias que envolveram o estabelecimento desse modelo como principal atualmente, as características desse sistema, o motivo da escolha do Poder Judiciário para o cargo de interprete, a questão dos princípios e seu caráter aberto, e a técnica da proporcionalidade acerca de seus elementos e suas críticas.

1. POSITIVISMO E CONSTITUCIONALISMO

Após a segunda guerra mundial, seus acontecimentos desencadearam uma crise no direito. O constitucionalismo foi adotado como modelo de direito em que os direitos fundamentais foram incorporados e fortalecidos. (MARMELSTEIN, 2011, p. 448)

Nesse cenário, houve um enfraquecimento do Poder Legislativo e um avanço do constitucionalismo. Essa diminuição do Poder Legislativo como principal instância de tomada de decisões ocorreu por conta do sentimento de descrédito em relação a esse, causado pelas atrocidades durante o regime nazista. (MARMELSTEIN, 2011, p. 448-449)

O Poder Legislativo não foi capaz de impor limites jurídicos aos desmandos do governo e ainda criou um sistema normativo que acabou legitimando as atitudes totalitárias do governo nazista. (MARMELSTEIN, 2011, p. 449)

Por conta disso, houve a preocupação em inserir valores éticos fundamentais no ordenamento jurídico que protegesse a dignidade dos cidadãos e limitasse a arbitrariedade do poder público. (MARMELSTEIN, 2011, p. 449)

Assim, o constitucionalismo aparece como uma tentativa de resguardar os valores da sociedade e impedir os abusos do poder político. Nesse sistema, os direitos fundamentais ganham força e passam a nortear todo o ordenamento jurídico e as decisões do poder público. (MARMELSTEIN, 2011, p. 449)

A partir do julgamento do caso Lüth pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1950, a Constituição deixou de ser entendida como a imposição de uma única ordem estabelecida e passa a ser enxergada como um sistema de valores plurais. Essa visão começou na Alemanha e se expandiu para varias partes do mundo. (BRANCO, 2009, p. 61)

Com essa visão, o Estado passa a ter que agir mais ativamente na concretização dos direitos fundamentais da sociedade, de acordo com o pensamento desse autor. Esses direitos deixam de ser entendidos como individuais e passam a ser visto como direitos da coletividade, não precisando da manifestação do individuo para serem concretizados. (BRANCO, 2009, p. 61-62)

Os princípios fundamentais passam a irradiar seus efeitos sobre todos os ramos do direito e sobre todo o sistema jurídico, possuindo força normativa para limitar e fundamentar qualquer decisão do Estado. (MARMELSTEIN, 2011, p. 449)

Nesse contexto, as Constituições não poderiam mais disciplinar somente o presente e se limitar a ditar os direitos. Para que essas formassem efetivamente um conjunto de valores era preciso criar mecanismos de aplicação eficientes dos direitos fundamentais e fixar objetivos a serem alcançados pela sociedade.

2. CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

As Constituições passaram a adotar uma estruturada de forma a não se preocupar somente com presente das sociedades, mas se preocupando também em fixar metas a serem alcançadas no futuro da sociedade. Foram chamadas de Constituições dirigentes. (BERCOVICI, 2004, p. 3-4)

As Constituições dirigentes visam a transformação da sociedade, a partir da fixação de diretrizes que irão nortear as políticas públicas e as decisões do Poder Público visando à concretização das metas estabelecidas na Constituição. (BERCOVICI, 2004, p. 3-4)

Esse tipo de Constituição proporcionou uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário, pois coube a ele o papel de averiguar se as diretrizes e os direitos sociais estão sendo efetivados. (BERCOVICI, 2004, p. 4-5)

O grande risco dessa concepção gira em torno do Poder Judiciário se tornar um poder supremo frente ao Legislativo e Ao Executivo, pois em seu poder está o controle ilimitado da principal fonte de valor da sociedade. (BERCOVICI, 2004, p. 8)

A política é posta em segundo plano, somente manifestada pelo poder constituinte originário. Assim, caberia somente ao Poder Judiciário determinar qual seria a aplicação correta das normas constitucionais, visto que esse representaria a única instância de legitimidade do sistema. (BERCOVICI, 2004, p. 9)

Para entender o porquê da escolha do judiciário como interprete da Constituição é preciso fazer uma análise de como a sociedade desenvolve seus valores morais e quem representa seus ideais morais.

3. JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO

Com o crescimento da quantidade e complexidade da sociedade, a família deixou de ser a fonte de valores morais do indivíduo, que passou a retirar suas concepções de moral dos padrões sociais. (MAUS, 2000, p. 184)

Nessa perspectiva, o indivíduo perde sua autonomia e pensamento críticos frente às diretrizes sociais, passando a meros administrados pelas imposições da sociedade, que por sua vez atende aos ditames do mercado industrial. (MAUS, 2000, p. 185)

Com a adoção do modelo de Constituição dirigente e do Poder Judiciário como seu principal interprete, passando a ser considerado a principal fonte dos valores da sociedade moderna. (MAUS, 2000, p. 185)

Diante desse cenário, o Poder Judiciário ganhou alcunhas como “profetas” ou “deuses do Olimpo do direito”, que representam bem a veneração quase que religiosa que o Poder Judiciário obteve da sociedade. (MAUS, 2000, p. 185)

Segundo Kaufmann, essa imagem superior o Poder Judiciário é construída a partir da perspectiva de que esse é sinônimo de justiça, portanto, substitui a figura do pai como fornecedor de valores morais, consolidando-se como fonte moral da sociedade. (MAUS, 2000, p. 186)

Já Dworkin afirma que nenhum grupo social é visto com maior poder intelectual e de argumentação que o Poder Judiciário, por isso é elevado ao posto maior instancia moral da sociedade. (MAUS, 2000, p. 186-187)

No entanto, Dworkin alerta que a moral deveria embasar as decisões do Poder Judiciário, e não ser fruto delas. Com esse raciocínio, o Poder Judiciário passa a não ter limites, pois não há moral além de suas decisões. (MAUS, 2000, p. 186-187)

Assim, o Poder Judiciário deixa de atuar como apurador da vontade popular visando limitar os excessos do poder público, e passa a ditar como a sociedade deve se comportar. (MAUS, 2000, p. 197)

Com a escolha do Poder Judiciário, um aspecto do sistema trás grande problema a sua atuação, pois acaba por propiciar certa carga de subjetivismo a interpretação dos princípios constitucionais. Esse aspecto é o caráter aberto dos princípios constitucionais.

4. CARÁTER ABERTO DOS PRINCÍPIOS

Os princípios constitucionais possuem uma estrutura aberta, ou seja, seu nível de abstração permite que os mesmos sejam adaptáveis as mudanças da sociedade através da interpretação. (BERCOVICI, 2004, p. 10)

Apesar do seu elevado grau de abertura, há um significado mínimo, que não pode ser alterado e não permite interpretações contrárias ao sentido literal do princípio. Esse significado mínimo possui a finalidade de evitar a arbitrariedade por parte do interprete. (BERCOVICI, 2004, p. 10)

No entanto, não é sempre que essa limitação consegue evitar que o interprete acabe por deturpar o texto constitucional, de acordo com a sua conveniência, com seus valores e com fatores econômicos ou políticos, sem correspondência entre o texto constitucional e a concretização. (BERCOVICI, 2004, p. 11)

O Brasil é um caso em que essa distorção é latente, com o STF assumindo o posto de ditador do significado dos princípios constitucionais, muitas vezes manipula o sentido dos princípios de acordo com sua conveniência. (BERCOVICI, 2004, p. 11)

Nesse sentido, Ingerborg Maus cita o caso alemão como exemplo extremo da possibilidade de supremacia do Poder Judiciário. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional afirma que suas decisões têm fundamentos supraconstitucionais, ou seja, em preceitos anteriores e superiores a própria Constituição. (BERCOVICI, 2004, p. 12)

No caso alemão, o Tribunal Constitucional se julga o único capaz de interpretar esses preceitos supraconstitucionais. Assim, a Constituição em vez de ser parâmetro passa a ser objeto de controle. Como não esses preceitos supraconstitucionais não são claramente

definidos, a Constituição é objeto de controle a partir dos valores subjetivos dos juízes do Tribunal Constitucional. (BERCOVICI, 2004, p. 12)

O caso do Tribunal Constitucional alemão é emblemático por representar o quão perigoso pode se tornar o excesso de poder nas mãos dos juízes, pois quando a aplicação da Constituição fica refém apenas do subjetivismo dos juízes, esses passam a ter o poder de ditar o que a Constituição diz.

Uma grande questão aqui é que se substitui o perigo de arbitrariedade do Poder Legislativo pelo do Poder Judiciário. No entanto, a duas indagações a se considerar. (BERCOVICI, 2004, p. 12)

A primeira diz respeito à indagação de se os representantes do Poder Legislativo não conseguem controlar a tentação da arbitrariedade em suas funções, porque os atores do Poder Judiciário conseguiriam controlar esse impulso arbitrário. (BERCOVICI, 2004, p. 12)

A segunda reflexão é sobre a questão da representatividade. Os atores do Poder Legislativo são eleitos pelo povo e representam, em tese, os anseios da sociedade, possuindo certa legitimidade para ditar os rumos da sociedade. Os representantes do Poder Judiciário carecem dessa legitimidade ditando os rumos da sociedade, em tese, de acordo com seus próprios valores. (BERCOVICI, 2004, p. 12)

Esse cenário representa uma seria tensão com o conceito de democracia, quando vista sob a perspectiva de vontade popular expressa a partir de seus representantes eleitos, pois essa vontade é sobrepujada no positivismo jurisprudencial. (BERCOVICI, 2004, p. 12)

5. DEMOCRACIA

A legitimação dos poderes Legislativo e Judiciário é concedida pela Constituição de forma distinta. Ao Judiciário é concedida a função de aplicar o direito num determinado caso. Ao Legislativo é destinada a tarefa de organizar um sistema de direitos, baseado nos preceitos constitucionais, visando atingir seus objetivos políticos. (HABERMAS, 1997, p.324)

A Constituição não possui a finalidade de ditar o modo de vida da sociedade de forma única e fechada. Ela se destina a formalizar um conjunto de decisões e procedimentos políticos que visam proporcionar que os próprios cidadãos possam determinar seu modo de vida. O modo de vida de um sociedade muda de acordo com o tempo, e a Constituição deve

permitir que seja implementado esse modo de vida sem grandes revoluções. (HABERMAS, 1997, p.326)

Nesse sentido, o Poder Judiciário deve proteger os preceitos positivados na Constituição, de modo a garantir essa autodeterminação da sociedade contra influências do poder econômico e arbitrariedades. Essa proteção deve também levar em conta o contexto da sociedade, a fim não tornar a decisão obsoleta. (HABERMAS, 1997, p.326)

Ao decidir acerca das leis aprovadas pelo Poder Legislativo, o Poder Judiciário interfere nesse direito da sociedade de determinar seu próprio modo de vida, visto que o Poder Legislativo é a representação da vontade popular na democracia. (HABERMAS, 1997, p.330)

Nesse sentido, o processo democrático possui a função de programar o Estado para concretizar o interesse da sociedade. O Estado aparece como a entidade administrativa que irá organizar a vida social, com base na vontade pública. (HABERMAS, 1997, p.332)

A política tem a tarefa de impor a vontade social ao Estado, para que esse possa ter conhecimento dessa vontade e, a partir dessa, organizar as políticas públicas que concretizaram essa vontade. (HABERMAS, 1997, p.332)

Nesse cenário, o Poder Judiciário não pode assumir uma postura paternalista e impor sua vontade a sociedade. A postura deve ser inversa, as decisões do Poder Judiciário é que devem corresponder a vontade popular. (HABERMAS, 1997, p.347)

Essa questão pode ser expressa, nas palavras de Bickel, como “dificuldade contra majoritária”. O Poder Judiciário, com atores não eleitos pelo povo, acaba por anular decisões do Poder Executivo e Legislativo, que gozam de legitimidade para deliberar em nome do povo. (BRANCO, 2009, p. 57)

Nesse contexto, Bickel entende democracia como vontade da maioria. Logo, quando as decisões do Poder Judiciário exercem controle sob as deliberações dos representantes do povo, na verdade está exercendo o controle sob a vontade da maioria. (BRANCO, 2009, p. 57-58)

Assim, há uma tensão entre o ideal de democracia, entendida como autodeterminação do povo, através de seus representantes eleitos, e o ideal de controle de constitucionalidade presente no constitucionalismo, para evitar os excessos e a sufocação das minorias, através do julgamento de um terceiro neutro. (BRANCO, 2009, p. 58)

A tensão entre democracia e constitucionalismo fica mais acirrada medida que as decisões judiciais adicionam valores aos princípios constitucionais sem a possibilidade de revisão posterior pelo Poder Legislativo, restringindo a vontade das maiorias democráticas. (BRANCO, 2009, p. 59-60)

6. O PROBLEMA DO CONSTITUCIONALISMO

A teoria da Constituição dirigente retira a importância do Estado e da Política, fixando a Constituição como centro do Direito Público. Com isso, apresentasse o problema da ausência de legitimidade, a partir da perspectiva democrática, pois se atribui fundamental importância a Constituição e enfraquece o Legislativo e Executivo. (BERCOVICI, 2004, p. 13-14)

Essa problemática se baseia na idéia de que os componentes do Executivo e Legislativo são eleitos pelo povo, portanto, representantes da vontade popular, tem sua importância reduzida e suas funções limitadas frente ao poder da Constituição dirigente. Assim o Estado se torna cada vez mais jurídico e menos político. (BERCOVICI, 2004, p. 14-15)

A solução para essa questão se apresenta na proceduralização na aplicação da Constituição. Com a adoção de procedimentos precisos e claros no manejo da Constituição há maior segurança no controle de constitucionalidade e a possibilidade previsão nas decisões. (BERCOVICI, 2004, p. 17)

Nesse cenário surge a teoria de Robert Alexy como principal procedimento capaz de trazer maior clareza e segurança a aplicação e garantia da Constituição. Essa teoria buscou trazer maior racionalidade ao funcionamento do estado, baseado na Constituição. (BERCOVICI, 2004, p. 13-17)

7. RACIONALIDADE NAS DECISÕES.

Segundo Alexy (2008, p.90-91) princípios seriam valores da sociedade positivados, possuindo sua aplicação concretizada através de graus de otimização, diferentemente das regras que se satisfazem através da aplicação ou não de seus mandamentos.

Quando há colisões entre regras a solução do caso pode não ser fácil, porém é simples, pois uma regra é aplicada e a outra é invalidada. No entanto, no caso dos princípios a

situação é mais complexa, por não possuir hierárquica entre eles e admitirem graus satisfação nenhum é invalidado, um princípio cede em relação ao outro naquele caso específico. Essa situação provoca certa margem de manejo. (ALEXY, 2008, p.92-93)

Na colisão entre princípios não há precedência absoluto em abstrato entre os princípios, portanto, somente diante de um caso concreto pode ser aferido qual princípio terá precedência, de acordo com as especificidades do caso. (ALEXY, 2008, p.99)

O problema da colisão entre princípios está na natureza aberta que eles possuem, pois há um mínimo de definição substancial do conteúdo do princípio. No entanto, não há um conteúdo claro e fechado desses princípios, levando a necessidade de sopesamento deles e a falta de uma única resposta correta para o caso. (ALEXY, 2008, p.543)

Segundo Alexy (2011, p.918-919) uma colisão entre princípios só pode ser resolvida por meio de uma ponderação entre eles, em vez utilizar o modelo clássico de subsunção.

Os direitos fundamentais como princípios possuem graus de otimização, onde se busca a maior efetividade de cada um, tanto quanto for possível. Com a subsunção essa otimização não é possível, pois enseja a aplicação fechada de uma norma. Por outro lado, a ponderação enseja a maior efetividade dos princípios, visto que possibilita a aplicação em graus de otimização. (ALEXY, 2011, p.919)

A ponderação é concretizada através da técnica da proporcionalidade. A proporcionalidade é dividida em três etapas que servem para conceder instruções procedimentais para a aplicação da ponderação de princípios. (ALEXY, 2011, p.921)

A técnica da proporcionalidade corresponde a mandamentos de otimização na ponderação dos princípios, em que suas duas primeiras etapas, da adequação e da necessidade, são procedimentos de otimização em relação as possibilidades fáticas. Já a terceira etapa, da proporcionalidade em sentido estrito, é um procedimento de otimização em relação às possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2011, p.921-922)

A primeira etapa é a da adequação. Deve ser analisado, preliminarmente, se o meio a ser utilizado, e o fim a ser perseguidos são lícitos. Caso esses sejam ilícitos, não poderão ser utilizados na situação concreta. (DIMOULIS, 2012, p.188-191)

Após essa verificação é necessário aferir se há nexos causal entre meio e fim, ou seja, se o meio escolhido no caso concreto é adequado para atingir o fim pretendido. Há ainda que se analisar se o fim exposto é realmente o fim pretendido, pois diversas vezes o fim verdadeiro é oculto por questões de conveniência. (DIMOULIS, 2012, p.194-195)

A segunda etapa é a da necessidade. Deve ser analisado se não há algum outro meio que possa ser utilizado trazendo os mesmos benefícios que o meio escolhido e que traga menos prejuízos ao direito limitado. Havendo outro meio que se enquadre nesse cenário, o meio escolhido não poderá ser utilizado. (DIMOULIS, 2012, p. 201-202)

Visando possibilitar o exame da necessidade, devem ser listados os possíveis meios que possam alcançar esse mesmo objetivo para poder realizar a análise da necessidade daquele meio. Não basta simplesmente afirmar que aquele é o único método capaz de alcançar aquele fim, deve ser realizada uma análise minuciosa. (DIMOULIS, 2012, p. 204-205)

No entanto, esse método revela algumas dificuldades, visto que sua análise é difícil diante de diversos meios diferentes que geralmente não possuem um padrão, que possibilite elencar suas vantagens e desvantagens, dificultando realizar uma comparação objetiva. (DIMOULIS, 2012, p. 206)

Por conta dessa impossibilidade de análise objetiva dos meios, que poderia levar ao risco de um subjetivismo, muitos doutrinadores afirmam que a necessidade constituiria uma forma ponderação prévia disfarçada de procedimento objetivo. (DIMOULIS, 2012, p. 207-208)

A terceira etapa é a da proporcionalidade em sentido estrito em que se busca confrontar efetivamente os dois princípios a fim de aferir no caso concreto qual a interferência de um no outro e em que grau eles serão satisfeitos ou preteridos. (DIMOULIS, 2012, p. 209)

No entanto, a teoria de Alexy sofreu diversas críticas, das quais podemos destacar duas como as principais. (GUERRA, 2007, p.25)

A primeira, exposta por Habermas, afirma que a técnica da proporcionalidade não possui racionalidade em seus procedimentos para resolver a colisão de princípios. (GUERRA, 2007, p.25)

A segunda, formulada por Bockenford, considerada que com a utilização da técnica da proporcionalidade atribui muito importância aos direitos fundamentais, que passam a ser o centro de importância do sistema jurídico. (GUERRA, 2007, p.26)

Em resposta a essas críticas, Alexy cria a chamada “Formula do Peso” visando adicionar um pouco mais de racionalidade a aplicação da proporcionalidade, e consequentemente as decisões judiciais, através da utilização de uma fórmula matemática na ponderação dos princípios. (GUERRA, 2007, p.26)

A fórmula do peso busca fornecer racionalidade a técnica da proporcionalidade através da atribuição de três importâncias a cada um dos princípios em colisão,

posteriormente realiza-se a uma comparação entre os números atribuídos. (GUERRA, 2007, p.28)

A cada uma das importâncias deve-se atribuir um grau, que foram fixados em grau leve, tendo valor 1, grau médio, tendo valor 2 e grau serio possuindo valor 4. Atribuições desses valores aos graus que atribui o cunho matemático a formula do peso. (GUERRA, 2007, p.32-33)

De posse dessas premissas de valores, deve-se atribuir graus as importâncias definidas por Alexy como fundamentais para decidir qual principio deve prevalecer na colisão. (GUERRA, 2007, p.28)

A primeira dessas variáveis seria referente ao peso em abstrato de cada um dos princípios colidentes. No caso quanto maior a importância do principio, maior será o grau dele. (GUERRA, 2007, p. 30)

Analizando esse quesito é possível afirmar que a proporcionalidade enfraquece os direitos fundamentais, pois quando é comparado um direito fundamental com outros interesses não garantidos na Constituição estaria igualando a importância deles, ou seja, diminuindo o valor dos direitos fundamentais. (KLATT e MEISTER, 2014, p.37)

Logo, qualquer interesse que colida com um direito fundamental pode acabar prevalecendo sobre esse, o que descaracteriza a função do mesmo ser positivado na Constituição como importante valor. (KLATT e MEISTER, 2014, p.37)

Esse problema é minimizado com o quesito de peso em abstrato do valor colidente da formula de peso, que possibilita a atribuição de uma importância maior aos direitos fundamentais. (KLATT e MEISTER, 2014, p.37)

A formula foi idealizada para ser universal, porém a partir da perspectiva de uma idéia de Direito onde há hierarquia entre os direitos fundamentais, por isso faz sentido aferir o peso em abstrato dos princípios. No caso do Brasil, a Constituição de 1988 não estabeleceu hierarquia entre as os direitos fundamentais, portanto, todos têm a mesma importância e esse quesito não tem utilidade para a aplicação nacional.

No entanto, a solução do peso em abstrato na formula de peso tem sua importância mitigada no Brasil por conta de a Constituição ser demasiadamente abrangente, tornando difícil que um valor não seja abarcado por algum dos direitos fundamentais.

Neste cenário, determinados interesses podem acabar vencedores no exame da proporcionalidade, ocultos em direitos fundamentais por conta da abrangência da Constituição. Isso acontece porque no Brasil os direitos fundamentais possuem mesma hierarquia, logo todos os direitos fundamentais têm o mesmo peso. Portanto esse quesito é praticamente invalidado.

A segunda variável tem enfoque no grau de interferência que a realização de um princípio causa no outro. Quanto maior for a interferência que um princípio sofrer em razão da realização do outro, maior será o grau atribuído a esse. (GUERRA, 2007, p. 30)

A terceira variável diz respeito à quais são as evidências empíricas que servem de base para fundamentar a interferência descrita na segunda variável. Quanto mais evidências existirem e quanto mais consistente essas forem para embasar a interferência de um princípio no outro, maior será seu grau. (GUERRA, 2007, p. 30)

Esse terceiro quesito se mostra um tanto complicado de ser aferido, visto que há uma grande dificuldade técnica do julgador. Deve ser analisada a consistência das evidências que embasam a interferência em um princípio e essa quantificação pode ser altamente subjetiva, pois depende do ponto de vista e valores do julgador considerar as evidências como consistentes.

Com a dificuldade dessa terceira variável e a questão dos direitos fundamentais não possuírem hierarquia no Brasil, portanto, estarem no mesmo grau, a decisão acaba por se concentrar na segunda variável que diz respeito ao grau de interferência no princípio. Logo, salvo em casos excepcionais, o princípio que for mais restringido no caso concreto é o que vai acabar prevalecendo.

Uma questão relevante diz respeito a impossibilidade de comparar certos princípios. Por diversas vezes são comparados dois princípios tão diferentes que inviabiliza sua mensuração para atribuir graus as variáveis. É citado como exemplo na doutrina de comparar maçãs e laranjas como fosse a mesma coisa. (KLATT e MEISTER, 2014, p.39)

Porém, realizar essa mensuração complicada em casos difíceis foi justamente a tarefa que a Constituição atribuiu ao aplicador do direito, portanto, é um obstáculo que deve ser superado. (KLATT e MEISTER, 2014, p.39)

Alexy justifica a formula de peso pelo fato dos princípios não terem um conteúdo predefinido, o que acaba criando a necessidade de uma atribuição de valores por parte do

interprete, que necessita de um controle racional para sua aplicação, sob pena de se transformar em subjetivismo. (ALEXY, 2008, p.548)

8. CRÍTICAS À RACIONALIDADE

Um dos principais críticos a ponderação de princípios, proposta por Alexy, é Habermas. Ele apresenta diversas críticas a esse método de solução de conflitos. Dentre essas críticas destacamos duas principais. (ALEXY, 2011, p. 919)

A primeira foca no enfraquecimento dos direitos fundamentais por parte da ponderação. Para Habermas, a ponderação retira o poder dos direitos fundamentais e aumenta o poder do interprete. Esse raciocínio se funda na idéia de que a ponderação não possui elementos racionais para resolver o conflito de princípios. (ALEXY, 2011, p. 919)

Os críticos do ativismo judicial enxergam uma substituição da importância do parlamento para os tribunais constitucionais. A Constituição deveria ser a o ponto de separação entre os interesses privados e o bem comum. (HABERMAS, 1997, p.304)

Nesse cenário, a política seria encarregada da tarefa de concretizar os objetivos e valores positivados na Constituição, por possuírem uma visão ampla e orientada para o futuro, visando atingir esses objetivos. (HABERMAS, 1997, p.304-305)

Por outro lado, a prática judicial é orientada por questões passadas em razão da vinculação com sua linha de decisões. Esse pensamento visa manter uma coerência entre as decisões dos tribunais, porém acabar dificultando a concretização dos objetivos Constitucionais. (HABERMAS, 1997, p.305)

Outra crítica é realizada por Ingeborg Maus no sentido de que o judiciário usurpa funções legislativas, sem possuir legitimidade democrática para tanto. (HABERMAS, 1997, p.306)

A garantia dos direitos fundamentais exige que o Estado realize ações planejadas, que visem à preparação de infra-estruturas e bases que possam concretizar esses direitos. Essa atitude só pode ser tomada de forma coordenada pela esfera estatal, com planejamentos de longo prazo. (HABERMAS, 1997, p.306)

Quando o judiciário utiliza a técnica da proporcionalidade para decidir os casos, o foco é aquele caso concreto naquele momento, ou seja, não há uma preocupação com

planejamento e cooperação com os outros órgãos estatais, com direito de terceiros afetados pela decisão, ou com esse mesmo direito em longo prazo. (HABERMAS, 1997, p.306)

Pela lógica da divisão de poderes essa tarefa deveria ficar a cargo do Poder Legislativo. (HABERMAS, 1997, p.314)

A partir dessa visão, o poder estaria todo nas mãos do interprete que utilizaria a ponderação de forma arbitrária, de acordo com a sua subjetividade, com os direitos fundamentais servindo apenas de base para legitimar sua decisão, que se daria sem a devida reflexão e fundamentação. (ALEXY, 2011, p. 919)

A segunda crítica a ponderação é tem relação com a aplicação do direito. Segundo Habermas, quando a ponderação é utilizada para solução de conflitos aplicação do direito deixa de ser realizada na idéia de certo ou errado, de verdadeiro ou falso, passando a depender de conceitos como conveniência e discricionariedade. (ALEXY, 2011, p. 920)

Segundo Forsthoff, quando é atribuída competência ao juiz para ponderar acerca dos valores da Constituição, ele subtrai a competência do legislador, representante do povo, e impõe seus próprios valores a sociedade. (BRANCO, 2009, p. 67)

O autor afirma ainda que a ponderação é simplesmente um processo da exposição de preferências, em que o julgador manifesta interesses subjetivos, trazendo a insegurança jurídica. (BRANCO, 2009, p. 68)

Outro crítico à ponderação é Bockenforde, que entende os direitos fundamentais como limites à atuação dos poderes públicos. Quando se possibilita a ponderação desses limites, abre margem para atuação de acordo com interesses que ainda serão legitimados pela ponderação. (BRANCO, 2009, p. 68-69)

Esse autor chega a essa conclusão porque também não enxerga na ponderação qualquer tipo de racionalidade, pois não há elementos claros e precisos para controlar essa deliberação. Portanto, a ponderação aparece como o elemento legitimador que encobre os reais interesses do aplicador e concede ar de legalidade e objetividade a uma decisão subjetiva. (BRANCO, 2009, p. 69)

Autores como Aleinikoff e Henkin seguem essa mesma linha de argumentos, já exposta acima, compartilhando as ideias de legitimação da subjetividade, decisão com base em interesses e insegurança jurídica. (BRANCO, 2009, 89-101)

Na visão de Schlink, somente terceiro elemento da técnica da proporcionalidade seria um problema, pois sua aplicação é dotada de subjetivismo. Assim, Schlink defende que sejam

utilizadas as etapas de adequação e necessidade, e que vise um fim legítimo. Desse jeito, os direitos fundamentais limitariam as decisões do poder público na busca por determinadas finalidades. (BRANCO, 2009, p.78)

Outro problema é o da ausência da objetividade prometida, por conta da impossibilidade do desligamento de valores morais na decisão dos casos difíceis. (KLATT e MEISTER, 2014, p.38)

Não há como solucionar os casos difíceis sem utilizar qualquer valoração moral. No entanto, a proporcionalidade não esconde essa conexão, mas ao contrário, força o julgador expor de forma mais detalhada quais foram os fundamentos que levaram aquela decisão. A proporcionalidade impõe uma certa transparência a decisão. (KLATT e MEISTER, 2014, p.38)

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer desse buscou-se analisar o modelo Constitucional utilizado na maioria dos sistemas jurídicos atuais. Essa análise se baseou na forma como esse foi formado, nas características do sistema, no interprete escolhido e na metodologia utilizada para por em prática esse sistema.

O modelo atual elegeu a Constituição como centro do sistema, visou atribuir uma maior consistência e segurança ao ordenamento, através de um documento que seria responsável por abarcar os valores da sociedade sujeita a esse.

No entanto, o que se vê nas Constituições atuais é a positivação de uma única ordem, pois quando a norma suprema tentar abarcar todos os valores dos vários segmentos da sociedade acaba por eleger certos padrões e excluir os outros não positivados.

É impossível definir valores universais que sirvam para toda a sociedade, visto que padrões são valores eleitos pelos segmentos dominantes da sociedade e excluir os que não se encaixam nesse padrão.

Um ordenamento jurídico não deve impor uma única ordem, mas sim proporcionar que todo o pluralismo da sociedade possa coexistir e tentar harmonizar o conflito entre eles.

Sempre haverá conflito, pois há colisão de valores diferentes, e frequentemente contraditórios, o que impossibilita o consenso.

Diante dessa dificuldade, as Constituições acabam aderindo ao modelo com princípios de caráter aberto, permitindo a sua satisfação em graus de otimização, para poder adequar o texto aos valores da sociedade no caso concreto, visto a impossibilidade de abarcar todos no mesmo documento sem entrar em conflitos e contradições, já que há vários valores diferentes na sociedade.

Para tentar harmonizar esses conflitos foi eleito o Poder Judiciário para controlar a constitucionalidade dos atos e leis editados pelo poder público, visando aferir se esses estão adequados aos supostos valores da sociedade consagrados no texto constitucional. Essa escolha se deu por esse ser visto como a mais alta instância moral da sociedade e único capaz de exercer o controle.

No entanto, o Poder Judiciário sofre dos mesmos problemas de qualquer outro órgão do poder público, pois cai nas mesmas tentações de arbitrariedade e não tem condições de aferir quais são os verdadeiros valores da sociedade.

Para esse problema, Robert Alexy adota a técnica da proporcionalidade como solução. Essa técnica deveria trazer maior objetividade as decisões.

Após críticas feitas a proporcionalidade com relação ao seu subjetivismo, foi integrada da formula do peso. Essa formula deveria trazer racionalidade a técnica da proporcionalidade através de uma equação matemática que definiria objetivamente o resultado do caso concreto.

No entanto, essa técnica continua permitindo o subjetivismo, pois é o interprete que vai aferir o valor a ser posto nas variáveis da formula. Esses valores não estão predefinidos, logo fica a cargo da valoração pessoal do julgador atribuir os pesos a cada variável.

Apesar disso, a técnica da proporcionalidade como um todo, e principalmente a formula do peso, quando aplicada corretamente concede a decisão uma vasta fundamentação, pois quando o interprete passa pelas etapas acabar por ter que refletir e justificar suas escolhas.

Esse processo acaba trazendo a decisão uma boa base de argumentos que fundamentam a decisão. Nesse ponto, a técnica da proporcionalidade se mostra de grande valia.

Entretanto, daí não se conclui que essa técnica traga racionalidade à decisão. A técnica é uma boa ferramenta que trás bons frutos e adições, porém não resolve o problema.

Só quem pode dizer o que a sociedade deseja é o próprio povo que compõe aquela sociedade. Logo, a melhor maneira de exercer esse controle é a utilização de novas tecnologias que possibilitem a participação direta da sociedade nas decisões.

Somente a participação ativa e direta da sociedade pode trazer a verdadeira justiça e legitimidade às decisões, pois nenhum intermediário pode definir com exatidão a vontade do povo e abstrair seus valores pessoais na hora de decidir.

Por hora, a técnica da proporcionalidade é a melhor ferramenta disponível e seus grandes benefícios justificam sua aplicação, porém não deve ser encarada como solução final.

Uma participação popular mais ativa nas decisões parece ser a melhor saída. Porém talvez a sociedade ainda não possua consciência disso e não seja do interesse daqueles que comandam conceder poder ao povo.

REFERÊNCIAS

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

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade**. In: GARCIA, Maria; e PIOVESAN, Flávia. Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos. Teoria Geral dos Direitos Humanos. Volume I. [s. l.] Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. *A Concretização da Constituição e o Positivismo Jurisprudencial*. 2004.

DIMOULIS, Dimitri; e MARTINS, Leornado. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, p. 53-71, nov. 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito E Democracia: Entre Facticidade E Validade**. Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **A Máxima Da Proporcionalidade: Um Elemento Estrutural Do Constitucionalismo Global**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, vol. 1, jan./jun. 2014

MARMELSTEIN, George. **A difícil arte de poderá o imponderável: reflexões em torno da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de valores**. In: LEITE, Geroqe Salomão, et al (ORGS.). Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais. [s. l.] Editora Jus Podivim, 2011.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “Sociedade Órfã”**. Revista Novos Estudos, No. 58, CEBRAP, Nov. 2000