**A CORRELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PORPORCIONALIDADE E O ATIVISMO JUDICIAL¹.**

*Aylla Gleyssa Muara dos Santos Silva²*

*Gabriel Rosendo da Costa³*

*Thais Rodrigues da Silva4*

*Gabriel Cruz \**

**Sumário**: Introdução. 1. Oprincípio da proporcionalidade; 2. O ativismo judicial; 2.1 O Estado Federal brasileiro; 2.2 Organização dos poderes; 2.3 O ativismo judicial na prática; 3. Diferença entre judicialização e ativismo judicial; 4. Contramajoritarismo;5 Correlacionando a proporcionalidade com o ativismo judicial; Considerações finaiss; Referências.

**RESUMO**

O paper vai retratar um pouco sobre o Ativismo Judicial, proveniente de uma nova hermenêutica constitucional, que interpreta princípios, dente eles, a proporcionalidade que visa fazer uma ponderação, um raciocínio tanto entre o Poder Judiciário e os outros poderes, quanto entre sociedade e judicialização. Valendo ressaltar também, o contramajoritarismo que vai realizar o controle judicial de constitucionalidade e assegurar o respeito à Supremacia da Constituição.

Palavras-Chave:Ativismo Judicial. Proporcionalidade. Poder Judiciário. Contramajoritarismo.

**INTRODUÇÃO**

O principio da proporcionalidade oferecido por Alexy temproximidade com a teoria de regras e princípios de Dworkin. Entretanto, Robert acredita ter atualizado a teoria de Dworkin trazendo aos princípios o entendimento de que seriam mandados de otimização. O principio da proporcionalidade procura oferecer a cada caso concreto uma solução por meio da ponderação de valores em três fases, de forma sitemática. É buscado por essa teoria uma adequação ao meio para solução de conflitos entre valores constitucionais.

A Constituição de 1988 trouxe para o poder judiciário novas competências e ampliou sua área de atuação, fazendo com o que o status desse poder crescesse perante a sociedade. E por conta de toda a história administrativa do Brasil por vezes adentrou campos de atuação que não lhe era atribuído, como por exemplo, oferecer solução para um caso em

1

que o legislador se mostra omisso. É, de fato, uma atividade não prevista em que o judiciário ultrapassa a competência que lhe é destinada, porém é uma postura adotada a fim de suprir lacunas deixas, principalmente, pelo legislativo brasileiro e para poder assegurar o cumprimento das garantias constitucionais.

Visto que há duas situações de que se vale o judiciário, a discussão gira em torno da possibilidade de correlacionar o ativismo judicial ao principio da proporcionalidade. De fato a evolução social buscou no Direito, um juiz dotado de maior parcela de poder, onde não deverá somente aplicar o fundamento legal da norma, mas sim, quando for necessário, interpretá-la mediante princípios constitucionais, ponderando valores, como proclama o principio da proporcionalidade, e efetivando os Direitos Fundamentais tragos na Constituição Federal de 1988.

1. **O PRÍNCIPIO DA PROPORCIONALIDADE**

O princípio da proporcionalidade é uma estrutura formal que serve como condição de possibilidade para o raciocínio com princípios; Humberto Ávila, conceitua como “normas de segundo grau (metanormas) que estabelecem a estrutura de interpretação e aplicação de outras normas”.

Não há uma consagração expressa do princípio da proporcionalidade na Constituição. Segundo alguns doutrinadores, essa consagração seria implícita. Há quem entenda que o princípio da proporcionalidade seria decorrente do princípio do Estado de Direito que está consagrado no artigo 1° , da Constituição Federal de 1988:

Art.1°. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- A Soberania; II – A cidadania; III- A dignidade da pessoa humana; IV- Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- Pluralismo Político.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã parece aceitar que o fundamento do principio da proporcionalidade reside tanto no âmbito dos direitos fundamentais quanto no contexto do Estado de Direito. Todavia, afigura-se inegável que, não raras vezes, a aplicação do princípio da proporcionalidade decorre de uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo (MENDES,2012, p. 250).

Invocado, igualmente, quando Poderes, órgãos, instituições, ou qualquer outro participe da vida Constitucional ou dos Processos Constitucionais colocam-se em situações de conflitos. Daí a aplicação do referido princípio nas situações de conflitos de competência entre União e Estado ou entre maioria e minoria parlamentar, ou ainda, entre o parlamento e um dado parlamentar (MENDES, 2012, p. 250).

Vozes eminentes sustentam que a base do principio da proporcionalidade residiria nos direitos fundamentais. Outros afirmam que tal postulado configuraria expressão do Estado de Direito, tendo em vista também o seu desenvolvimento histórico a partir do Poder de Política do Estado. Ou, ainda, sustentam outros, cuidar-se-ia de um postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo. (MENDES, 2012, p. 249)

O modelo Alexyano à proporcionalidade é visto pelo Modelo de Bodo Pieroth e Schlime, que foi adotado no Brasil pelo Ministro Gilmar Mendes, onde, a proporcionalidade possui dois subníveis, ou seja, o da adequação e o da necessidade, não sendo necessário pesar os direitos, bastando, somente, excluir a proporcionalidade em sentido estrito, e resolver com a adequação e a necessidade;“Ressalte-se que,na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado” (MENDES, 2012, p. 259).

Segundo Virgílio Afonso da Silva, é mais importante aferir se o meio é necessário do que se é adequado. Logo, é um modelo parcialmente convincente, racional, mas que admite falhas, pois os próprios autores não negam que alguns casos não podem ser resolvidos utilizando só a necessidade, e é necessário chegar ao nível da proporcionalidade em sentido estrito. Embora eles considerem isso uma exceção.

Quando se adequa o conceito de proporcionalidade a distinção de regras e princípios de Alexy, percebe-se que a mesma é vista no âmbito das regras, que são mandados de determinação, onde exigem que algo seja aplicado de forma definitiva, sem grau e sem ponderação, em se falando não em regra de proporcionalidade, mas em Máxima de Proporcionalidade, que possuem três estruturas como regra.

A adequação que é primeira regra, diz que o meio utilizado deve ser apto para fomentaro fim almejado; relação entre meio e fim. No Brasil, a doutrina geralmente fala que o meio deve ser apto para atingir o fim almejado, mas na verdade, o meio não deve ser apto para atingir, mas apenas para promover o fim visado.

O subprincípio da adequação exige que a medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional, examina se o meio é “simplesmente inadequado”, “objetivamente inadequado”, “manifestamente inadequado ou desnecessário”, “fundamentalmente inadequado” ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode serestimulado”(MENDES, 2012).

A segunda regra é a necessidade; dentre os meios aptos para fomentar um determinado fim, deve-se optar por aquele que seja o menos gravoso possível.Isso não significa que esses meios tenham que ser igualmente eficazes, mas sim similarmente eficazes.

O subprincípio da necessidade significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos (...) Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa (MENDES, 2012).

Tendo a proporcionalidade em sentido estrito como a última regra que relata o dever de ser aferida a relação custo-benefício através de uma ponderação entre as vantagens promovidas pelo meio e as desvantagens que ele provoca. Os críticos à utilização da ponderação vão utilizar apenas os dois primeiros testes de proporcionalidade, pois entendem que a ponderação é casuística e corresponde à proporcionalidade em sentido estrito, em que segundo Robert Alexy, deve utilizar a lei material do sopesamento:

Tendo em vista esses riscos, procura-se solver a questão com base nos outros elementos do princípio da proporcionalidade, enfatizando-se, especialmente, o significado do subprincípio da necessidade. A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um controle de sintonia fina, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.

Alguns doutrinadores, como o Luiz Roberto Barroso, diz que a razoabilidade é sinônimo da proporcionalidade, fundamentando-se na ideia de que ambos os métodos querem evitar decisões irracionais, mas uma segunda variante doutrinária discorda e diz que proporcionalidade e razoabilidade são dois métodos diferentes, o que prevalece é a estrutura própria,visto que, a razoabilidade não possui nenhuma estrutura para tais fins. O entendimento mais adotado no Brasil,é o do Supremo Tribunal Federal, em que o princípio da proporcionalidade decorre da cláusula do devido processo legal em seu caráter substantivo.

**2. ATIVISMO JUDICIAL**

**2.1 O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO**

O Brasil se encontra atualmente sobre a regência constitucional da Carta Magna de 1988, por meio dela é adotado o Estado Federal. Neste tipo de Estado o poder é descentralizado e, pode ser dividido entre diversos entes políticos dentro do mesmo Estado. Estes entes criados são autônomos e juntos foram o Estado Federado. (TAVARES, 2012)

A competência atribuída a cada um dos entes autônomos do Estado Federal é uma manifestação originária da Constituição, e somente dela. A possibilidade de divisão de tarefas e competências nasce com a Constituição por vontade do poder constituinte e a mesma atribui a cada um dos órgãos seus limites e funções. (TAVARES, 2012)

Para que o Estado Federal, mesmo que atribuindo autonomia aos variados entes políticos, não venha a ser dissolvido ou perder parte de seu território a Constituição Federal de 1988 traz logo em seu artigo 1º o principio da indissolubilidade que tem como função manter a unidade nacional e a necessidade descentralizadora. Portanto nossa Constituição não prevê o direito de secessão que permite a separação de Estado-membro ou Distrito Federal do território brasileiro, além de o artigo 34, I da Constituição trazer a possibilidade de intervenção federal caso ocorra mera tentativa de dissolução. (MORAES, 2011)

**2.2 ORGANIZAÇÃO DOS PODERES**

Assim como a Constituição determina o federalismo como forma de Estado no Brasil e atribui competência aos diferentes entes autônomos da Republica, a Carta Constitucional se preocupa em organizar os três poderes e, em seu artigo 2º, declara-los independentes e harmônicos entre si o Legislativo, o Executivo e, o foco central desta discussão, o Judiciário. Na divisão de competência cada um dos três poderes recebem da Constituição Federal funções típicas e atípicas, tudo delimitado nos artigos destinados a este tópico.

O primeiro dos poderes que pode ser destacado é o Legislativo, que tem função típica de legislar, como o próprio nome sugere, e de fiscalizar. No campo das suas atividades atípicas também cabe ao legislativo administrar, que pode ser observada quando o legislativo pratica sua organização interna, e de julgar, momento que ocorre quando o julgamento de algumas autoridades do governo, como por exemplo, o Presidente da República, em crimes de responsabilidade. (MENDES, 2009)

Já ao que diz respeito o Poder Executivo é o “órgão constitucional cuja função precípua é a pratica dos atos de chefia de estado, de governo e de administração”. (MORAES, 2011, p. 487) E essa prática foi encaminhada pela Constituição ao Presidente da República, que com auxilio dos Ministros, concentra na figura de uma pessoa a função de chefiar o Estado e o governo brasileiro. (MORAES, 2011).

Por fim, o terceiro poder é conhecido como Judiciário. A este poder e conferida a função jurisdicional, que visa solucionar conflitos de caso concreto mediante ordens gerais e abstratas. Ora é cabível a utilização das leis, ora os costumes ou analogias, ou seja, cabe a este poder a aplicação e operação das normas de direito. E a jurisdição hoje é de monopólio do Estado, diferente do que se podia vislumbrar em sociedades passadas. (SILVA, 2010).

Estão supramencionados os três poderes do Estado que coexistem e atuam juntos e, utopicamente planejado pela Constituição, de forma harmônica. Porém, como bem destaca Alexandre de Moraes em sua obra as competências estabelecidas pela Constituição Federal são de funções predominantes a cada um dos poderes, entretanto, não de exclusividade absoluta. (MORAES, 2011).

**2.3 ATIVISMO JUDICIAL NA PRÁTICA**

Em artigo escrito pelo professor e doutrinador José Roberto Barroso, o ativismo judicial pode ser entendido como uma atuação ampla por parte do poder judiciário dentro da seara de competência dos poderes Executivo e Legislativo a fim de concretizar os valores tragos na Constituição Federal. Essa atuação é dada, por exemplo, na aplicação direta da Constituição em casos concretos em que não há manifestação pelo legislador ou a declaração de inconstitucionalidade de leis criadas pelo legislativo e que encontram em desconformidade com a Constituição e seus valores. (Barroso, 2008, p. 6).

Este tipo de atitude, como bem destaca Barroso (2008, p. 7-8), a cada ano que passa, vem sendo mais presente no judiciário brasileiro. É o momento em que o judiciário aplica diretamente os princípios e valores tragos pela Constituição para resolver as lacunas existentes no ordenamento. Em seu artigo, Barroso cita um decisão proferida pelo STF em que a Constituição foi aplicada diretamente para declarar, a partir do principio democrático, que a vaga no Congresso Nacional é pertencente ao partido público, criando uma nova espécie de perda de mandato parlamentar, além das já previstas em lei.

Apesar dessas atitudes proativas do judiciário estar gerando problemas entre os poderes, há o lado positivo de estar sendo atendidas necessidades emanadas da própria sociedade e que o próprio Legislativo não se debruçou e criou legislação a respeito. Por isso, além das omissões também cabe ao ativismo judiciário inovar em sentenças de matérias ainda não tratadas em ordenamento jurídico. E um exemplo recente, e que ainda gera opiniões contra e a favor na sociedade brasileira, é o reconhecimento das uniões homoafetiva pelo supremo, que até já vinculou suas decisões aos cartórios de todo o Brasil a realizarem os casamentos civis desse tipo de casal.

Há quem entenda que essas atitudes proativas seja uma usurpação de competência dos outros poderes, invadindo áreas de atuação que não é devido ao judiciário. E a discussão a esse respeito tem ganhado cada vez mais destaque. Porém é preciso manter em mente que, atualmente, quem está levando o Direito brasileiro a evoluir são os tribunais que, por meio dos casos concretos, sentenciam na forma de solucionar casos com base no que traz a Constituição Federal, por conta da omissão das leis infraconstitucionais.

O cabe ser discutido não seria a usurpação de poder por parte do judiciário, mas sim se os outros dois poderes, principalmente o legislativo, estão atuando como devem e como lhes compete a Constituição. Se o judiciário está se dispondo a invadir outras áreas é por que há omissões que precisam ser supridas, há leis que precisam ser criadas e não podem esperar. Pautas acerca do casamento de casais do mesmo sexo existiam há vários anos, porém a discussão é lenta e a sociedade clamava por uma ação, que foi feita pelo Supremo Tribunal Federal. E esse é só um exemplo de decisões do Supremo no sentido do ativismo judicial suprindo lacunas e inovando no Direito.

**3. DIFERENÇA ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL**

Foi explanado no tópico anterior o pertinente acerca do ativismo judicial, o que pode ser entendido, que é a atitude proativa do judiciário além dos limites de sua competência. Há no ambiente jurídico outro fenômeno parecido, e que inclusive pode ser considerado sinônimo do ativismo judicial, porém esta não seria colocação mais adequada.

Este fenômeno que pode vir a ser confundido com o ativismo jurídico é a judicialização, que como explica Barroso em suas palavras (2008, p. 3), “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”.

Em outras palavras, a judicialização é competir a juízes e tribunais a tarefa de realizar atividades de âmbito dos outros poderes através de transferência de funções. Esse fenômeno tem causas múltiplas, observadas desde influências de Direitos de outros países até situações encontradas no próprio Direito brasileiro. (Barroso, 2008, p.3)

Barroso apresentada as causas que geram essa judicialização. A primeira seria a redemocratização traga pela Constituição Federal de 1988, que aumentou a participação do judiciário trazendo o para a posição de um verdadeiro poder público que utiliza a Constituição em confronto até mesmo com os outros dois poderes. (2008, p. 3)

Outro ponto que Barroso acredita que leva a judicialização é a constitucionalização abrangente, que trouxe para o âmbito constitucional matérias que antes eram deixadas a cargo da legislação ordinária. E por fim, o terceiro motivo, seria o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, que concentra os modelos europeu e americano em um só. (2008, p.4)

Entretanto ainda há dúvidas se existe de fato uma diferença entre judicialização e ativismo judicial. E sim, há. Enquanto na judicialização a pronuncia pelo judiciário decorre de um pedido, ele é obrigado a decidir, é a sua função precípua. Ele não tem alternativa a não ser reconhecer a matéria que está de acordo com a Constituição. Já o ativismo judicial é uma escolha de agir, é uma atitude proativa do judiciário, e expandir o alcance da Constituição e não somente aplica-la quando for exigida em causas de ações que girem em torno de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. A judicialização pede uma ação do judiciário, é requerida. Já o ativismo vem da vontade deste órgão, no momento em que há uma retração do Poder Legislativo em fazer sua função de legislar e acaba gerando omissão, o judiciário age de forma a sanar essa lacuna. (2008, p. 5).

**4. CONTRAMAJORITARISMO**

O princípio majoritário apesar de ser um dos princípios fundamentais de um regime democrático é abordado sob a luz de suas limitações para que o “governo da maioria” não seja distorcido. Vale ressaltar que o Poder Judiciário no Brasil apesar de não ser eleito pelos votos da maioria faz uso do princípio contramajoritário para realizar o controle judicial de constitucionalidade e assegurar o respeito à Supremacia da Constituição, aos direitos fundamentais e a soberania popular:

A Constituição foi criada para conter o absolutismo e transformou-se em instrumento para frear o poder das maiorias[...] a democracia constitucional e uma democracia majoritária, sendo aquela a responsável por frear as maiorias ocasionais (STRECK, 2009).

Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia-a-dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo. Esse equilíbrio é essencial para que um governo não esteja totalmente “engessado” ao texto constitucional sendo possível certos progressos provenientes da vontade da maioria (ordinária), sem que para isso seja preciso sacrificar as garantias e direitos fundamentais (BARROSO, 2010, p. 90).O princípio majoritário deve ser interpretado de maneira a assegurar que não somente a vontade da maioria, mas também as vontades das minorias sejam respeitadas pelo Estado:

[...] uma verdadeira democracia é aquela onde todas as pessoas são tratadas com igual respeito e consideração. Se é certo que a democracia é o governo segundo a vontade da maioria, não menos exato é afirmar que o princípio majoritário não assegura o governo pelo povo senão quando todos os membros da comunidade são concebidos, e igualmente respeitados, como agentes morais (JÚNIOR, 2010).

O Estado Democrático de Direito está fundado no respeito ao regime democrático e na garantia dos direitos fundamentais que constituem uma conquista histórica do povo. A jurisdição ou justiça constitucional é o mecanismo utilizado para proteger a Lei Fundamental de um Estado e conter a política majoritária.

Se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseu (STRECK, 2009, p. 18).

Todos os Poderes devem respeito à Constituição e o Poder Judiciário, ao atuar contramajoritariamente, apenas corrige os abusos praticados pelos demais poderes. Apesar de a democracia ser o “governo da maioria” cabe ao Poder Judiciário fazer uso do princípio contramajoritário para impedir que a maioria exceda os limites impostos pela Constituição.

A Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A Constituição não pode, não deve nem tem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária. (BARROSO, 2010, p.89)

A Constituição é sem dúvida a maior expressão da soberania popular e o controle judicial de constitucionalidade age contra a maioria atual em defesa da maioria constitucional e da soberania popular:

Não obstante *contramajoritária* em relação aos atos do parlamento, a jurisdição constitucional não é antidemocrática, uma vez que sua autoridade lhe é confiada e assegurada pela vontade suprema do povo, para controlar não só a lisura do processo político em defesa das minorias, como também o respeito pelos valores substantivos consagrados no Estado Democrático (JÚNIOR, 2012, p. 61).

O Brasil é um Estado Democrático porque adota o princípio majoritário, mas é ao mesmo tempo um Estado de Direito que prima pela Supremacia da Constituição e pela proteção dos direitos fundamentais. Essa necessidade de conciliar tais valores acaba por legitimar a atuação contramajoritária do Poder Judiciário.

**CONCLUSÃO**

**REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle da constitucionalidade:** teoria e prática. 4. ed. rev. Salvador: JusPODIVM, 2010.

MENDES. Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teoria Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.