XVI SEMINÁRIO INTERNACIONAL
DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA
XII MOSTRA INTERNACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS
2019
ISSN: 2358-3010

A REGRA DA PROPORCIONALIDADE E A DEMOCRACIA: UMA TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DA CRÍTICA QUE ATRIBUI CARÁTER ANTIDEMOCRÁTICO À REGRA

Maurício Martins Reis[1]

Thaise Maria Neves Duarte Pacheco[2]

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a regra da proporcionalidade, proposta por Robert Alexy, a partir de uma de suas críticas mais contundentes e recorrente: o caráter antidemocrático da regra. A proporcionalidade, aqui entendida como a ferramenta decisória utilizada por Robert Alexy para a resolução dos casos envolvendo colisão entre princípios, e, portanto, de direitos fundamentais, é amplamente difundida pela doutrina e adotada no judiciário brasileiro. A efetivação dos direitos fundamentais pelo judiciário através da proporcionalidade, no entanto, evidencia a tensão existente entre a aplicação da regra e o princípio democrático, pois não raro se controverte sobre eventual excesso decisório acolhido pelos tribunais em detrimento das disposições normativas vigentes. A análise acerca da possibilidade de superação da crítica que atribui à proporcionalidade caráter antidemocrático pressupõe a apreciação da estrutura da regra, a compreensão da motivação dos críticos à proporcionalidade e, por fim, a análise acerca de um possível modelo democrático que compatibilize a efetivação dos direitos fundamentais, constitutivo de um Estado de Direito, e o exercício democrático. A partir de tal construção, conclui-se pela compatibilidade da proporcionalidade com o modelo deliberativo de democracia e com o Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Proporcionalidade. Democracia. Robert Alexy. Democracia deliberativa.

---

[1] Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) e do Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Endereço Eletrônico: mauriciomreis@terra.com.br.

[2] Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pós-graduanda em Direito Empresarial pelo Verbo Jurídico. Advogada. Endereço eletrônico: thaisemnduarte@gmail.com.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the rule of proportionality, proposed by Robert Alexy, from one of his most compelling and recurrent criticisms: the antidemocratic character of the rule. Proportionality, here understood as the decisive tool used by Robert Alexy for solving cases involving a collision between principles, and therefore of fundamental rights, is widely disseminated by Brazilian law literature and judiciary. The realization of fundamental rights by the judiciary through proportionality, however, shows the tension between the application of the rule and the democratic principle. The analysis about the possibility of overcoming the criticism that attributes to proportionality antidemocratic character presupposes the appreciation of the structure of the rule, the understanding of the motivation of the critics to the proportionality, and, finally, the analysis about a possible democratic model that compatibilize the effectiveness of the rights the rule of law, and democratic exercise. From this construction, one concludes by the compatibility of proportionality with the deliberative democracy and with the Democratic State of Law.

KEY WORDS: Proportionality. Democracy. Robert Alexy. Deliberative Democracy.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A proporcionalidade de Robert Alexy: estrutura e definições. 2.1 Idoneidade ou Adequação. 2.2. Necessidade. 2.3 Princípio da proporcionalidade em sentido restrito: a ponderação. 3. Crítica à proporcionalidade de Robert Alexy: a proporcionalidade como medida contrária ao princípio democrático 4. A aceitação da proporcionalidade a partir da superação da concepção meramente quantitativa de democracia. 5. Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

A regra da proporcionalidade, concebida por Robert Alexy, busca oferecer uma solução racional aos casos envolvendo colisão entre princípios. Através da teoria

dos direitos fundamentais, Robert Alexy propõe uma distinção entre regras e princípios, a partir da qual compreende os princípios como normas dotadas de maior generalidade, que devem ser aplicadas como mandamentos de otimização, ou seja, sendo realizadas na maior medida do possível, enquanto as regras são mandamentos dotados de maior especificidade, cuja aplicação se dá através da subsunção.

Os direitos fundamentais, diante da teoria de Robert Alexy, representam princípios, consagrados pelo texto constitucional, e que, naturalmente, diante de sua maior generalidade, tendem a colidir com outros princípios nos casos concretos a serem resolvidos pelo poder judiciário. Robert Alexy elabora a regra da proporcionalidade como instrumento jurídico voltado à resolução desta colisão.

A proporcionalidade, nestes termos, representa uma ferramenta destinada à resolução da colisão entre princípios, oferecendo, através de um procedimento rigorosamente técnico, maior racionalidade à decisão judicial.

Apesar da ampla aceitação da teoria de Robert Alexy pelo judiciário e por expressiva parcela da doutrina brasileira, a regra da proporcionalidade recebe críticas contundentes, dentre as quais a que atribui caráter antidemocrático à regra. O principal argumento levantado pelos autores que levantam essa ressalva contra a proporcionalidade é o de que a regra promove a substituição da decisão democraticamente tomada pelo legislativo por uma decisão judicial dotada de insuperável carga subjetiva.

Consiste, desta forma, o principal objetivo do presente artigo verificar se a aplicação da regra da proporcionalidade pelo judiciário possui realmente caráter antidemocrático. Para tanto, estrutura-se a pesquisa através do método de abordagem hipotético-dedutivo, a partir do qual se analisa o problema acerca da conciliação entre a proporcionalidade e o princípio democrático, estabelecendo-se a hipótese de que sejam juridicamente conciliáveis, e de que a sua complementaridade seja, inclusive, essencial ao Estado Democrático de Direito. A partir destas premissas a respeito da temática, ambiciona-se inferir conclusão que demonstre a compatibilidade entre a democracia e a regra da proporcionalidade proposta por Robert Alexy. A técnica de pesquisa utilizada consistirá em revisão bibliográfica da temática pertinente ao objeto de investigação.

Desta feita, destina-se uma primeira parte do artigo ao estudo acerca da proporcionalidade, de sua estrutura e das suas principais características, a partir da

qual pretende-se subsidiar a compreensão da rigorosa técnica desenvolvida por Robert Alexy, contemplada para respaldar a qualidade de racional às decisões judiciais envolvendo a colisão de princípios.

Uma segunda parte do artigo se destina ao levantamento dos principais argumentos voltados a objetar o caráter democrático da regra da proporcionalidade. E, por fim, uma última parte do escrito se encarrega de conjecturar a possibilidade de compatibilização da regra da proporcionalidade com o modelo político democrático, na qual vislumbra-se concluir que a proporcionalidade oferece uma excelente solução para a aplicação dos direitos fundamentais, vinculando a atividade judiciária e legislativa a tais parâmetros constitucionais, sem, contudo, caracterizar-se como uma afronta às decisões soberanas da coletividade representadas pelo parlamento sob a forma abstrata de normas jurídicas.

Não se pretende, com o presente artigo, conceber a proporcionalidade como a única forma correta de oferecer uma decisão judicial racional, mas, diversamente, entender a proporcionalidade como um autêntico e importante instrumento judicial, compatível com o Estado Democrático de Direito.

2 A PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY: ESTRUTURA E DEFINIÇÕES

Desde Aristóteles a proporcionalidade é intimamente associada ao conceito de justiça, como medida para distribuição dos bens e recompensa dos méritos. (SCHLINK, 2012, p. 719) Para Aristóteles, é justo aquilo que é proporcional e injusto aquilo que viola a proporção (ARISTÓTELES, 1999, p. 1131, b). Atualmente a expressão proporcionalidade é frequentemente associada à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, que, através do estabelecimento de uma sofisticada estrutura, destina-se ao deslinde dos problemas envolvendo a colisão de direitos fundamentais.

Uma das questões nucleares atinente à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy diz respeito à diferença entre regras e princípios. Segundo Alexy, tal distinção possui caráter central para a resolução de problemas da dogmática dos direitos fundamentais, demonstrando-se importante para o debate acerca da racionalidade e de seus limites na aplicação dos direitos fundamentais (ALEXY, 2011,

p. 85), e, portanto, possui importância nuclear também na aplicação da proporcionalidade.

Segundo a compreensão de Robert Alexy, as regras e os princípios são normas que podem ser distinguidas por diversos critérios. Enquanto as regras são dotadas de maior especialidade, constituindo-se como mandamentos definitivos a serem aplicados através da subsunção, os princípios são dotados de maior generalidade, funcionando como mandamentos de otimização que devem ser aplicados na maior medida do possível no que tange às suas possibilidades fáticas e jurídicas. (ALEXY, 2015b, p. 11)

A distinção entre regras e princípios fica mais evidente quando verificada em casos de conflito entre regras ou colisão entre princípios. Enquanto o conflito entre regras é solucionado através da declaração de invalidade de uma das regras, ou da inclusão de uma cláusula de exceção que elimine o conflito (ALEXY, 2011, p. 92), os princípios, quando colidentes, mantêm sua plena validade no plano constitucional (BARAK, 2012, p. 740) demandando que seja realizado um exercício de ponderação. A ponderação se destina a verificar qual dos princípios possui precedência em relação ao outro na casuística do litígio a ser enfrentado, ao estabelecer, portanto, qual dos princípios “possui maior peso no caso concreto” (ALEXY, 2011, p. 92). No que se pode concluir que os conflitos entre princípios não se resolvem na dimensão da validade, ao contrário das regras, e sim na dimensão do respectivo peso. (BUSTAMANTE, 2006b, p. 82)

A concepção de princípios como mandamentos de otimização está intimamente relacionada à proporcionalidade (ALEXY, 2015b, p. 11), que é entendida por Alexy como uma decorrência natural da estrutura normativa proposta pela teoria dos princípios. Robert Alexy entende a regra da proporcionalidade como uma consequência da previsão de direitos fundamentais como princípios, de modo que os direitos fundamentais seriam o fundamento constitucional para a proporcionalidade (SCHLINK, 2012, p. 729). O entendimento de Robert Alexy é decorrência da compreensão de que o exercício da ponderação é o meio adequado para a resolução do conflito entre direitos fundamentais. (HECK, 2000, p. 75)

A proporcionalidade, neste contexto, efetiva-se como uma regra de aplicação e interpretação do direito, nascida da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, como uma estrutura de racionalidade definida por elementos independentes

aplicados em uma ordem pré-ordenada que objetivam conferir racionalidade ao processo decisório envolvendo a colisão entre princípios e a limitação e efetivação de direitos fundamentais. (SILVA, 2002, p. 30)

A regra da proporcionalidade, através da realização de suas regras parciais da idoneidade ou adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito, impõe que não ocorram restrições aos direitos fundamentais sem a rigorosa verificação da proporcionalidade da medida, evitando, desta forma, decisões desproporcionais e atuando pela proteção dos direitos fundamentais. Diante destas características, a regra da proporcionalidade é frequentemente invocada pelos tribunais constitucionais para justificar a declaração de inconstitucionalidade de leis criadas, democraticamente, pelo legislativo.

A regra da proporcionalidade, na forma concebida por Robert Alexy, apresenta estrutura composta por três sub-regras: a idoneidade ou adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido restrito ou ponderação. As sub-regras da proporcionalidade possuem uma relação de subsidiariedade e complementariedade entre si, relacionando-se em uma ordem pré-definida, de modo que se determinada medida falha no teste da idoneidade ou adequação, esta não pode ser considerada como uma medida proporcional, não sendo sequer objeto de verificação das demais (e sucessivas) regras parciais.

2.1 Idoneidade ou Adequação

A regra da idoneidade ou adequação se propõe a verificar se a intervenção em um direito fundamental promove a realização de outro bem jurídico tutelado pela Constituição (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 241). O teste de adequação, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, consiste na conclusão de que uma medida apenas será considerada idônea quando contribuir ou fomentar de alguma forma a realização do objetivo pretendido. (2002, p. 37)

Deste modo, uma medida será proporcional apenas se os meios realmente forem hábeis a contribuir para a realização de seus fins. Não há que se questionar, para a verificação da idoneidade da medida, o quão ela contribui para a realização de um fim pretendido. No entanto, se a medida ou ação falha completamente na realização do fim, ela não pode ser considerada uma medida adequada, e neste caso,

falha no teste da proporcionalidade já na primeira etapa desta metódica de racionalidade. (SCHLINK, 2012, p. 723)

2.2 Necessidade

Conforme referido anteriormente, constatar a idoneidade ou a adequação de uma medida significa declarar que ela é hábil ao resultado pretendido, o que não implica, necessariamente, que seja a única medida possível para a realização do fim proposto, podendo haver medidas alternativas que restrinjam em menor grau o direito fundamental colidente. (SCHLINK, 2012, p. 724)

O exame da regra parcial da necessidade consiste na comparação da existência de uma medida que obtenha o mesmo grau de idoneidade para a realização do fim pretendido, mas que intervenha com menor intensidade no direito fundamental ou no bem jurídico constitucionalmente tutelado colidente. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 245).

Embora o exame da adequação ou idoneidade e o exame da necessidade digam respeito à análise fática e empírica da regra da proporcionalidade, ambos se distinguem em uma significativa faceta. Por um lado, o princípio da adequação ou idoneidade é absoluto, de modo a identificar se a medida é ou não apta à promoção do fim pretendido, enquanto o subprincípio da necessidade, por outro, representa um juízo comparativo de gradação entre as medidas teoricamente aptas à realização do fim a ser promovido, preferindo àquelas que restrinjam em menor grau os princípios colidentes.

2.3 Princípio da proporcionalidade em sentido restrito: a ponderação

A terceira regra parcial da proporcionalidade é a proporcionalidade em sentido restrito ou ponderação e expressa a otimização de um princípio em relação às possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2015b, p. 12) A regra parcial da proporcionalidade em sentido restrito possui identidade com a denominada “lei da ponderação”.

A ponderação como regra parcial da proporcionalidade requer a correta relação entre os benefícios sociais da realização da medida e os benefícios sociais da permissão da limitação de um direito constitucional. (SCHLINK, 2012, p. 744). A

proporcionalidade em sentido restrito consiste na compreensão de que "quanto mais alto é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro" (ALEXY, 2015b, p. 12), o que se caracteriza como a primeira regra da ponderação.

A lei da ponderação se realiza em três etapas: a primeira verifica o grau de não realização ou o prejuízo de determinado princípio, a segunda diz respeito à verificação da importância da realização do princípio oponível sentido contrário, e a terceira verifica se a importância da realização de um princípio justifica o grau de intervenção ou prejuízo do princípio colidente (ALEXY, 2015a, p. 111). Ressalte-se que, para a realização da proporcionalidade, a atribuição de graus de importância da realização de um princípio ou de intervenção no princípio contrário constitui como elemento central para a atribuição da racionalidade da decisão, assim como a justificação da escolha de tais medidas.

Questiona-se, no entanto, a racionalidade envolvida na atribuição de graus às etapas da ponderação, sob o argumento de que o exercício da proporcionalidade em sentido restrito seria essencialmente irracional e subjetivo. A racionalidade da ponderação, no entanto, é defendida por Robert Alexy através da "fórmula peso".

Para a atribuição de graus de intensidade à intervenção no princípio (P_i) e de importância do cumprimento do princípio contrário (P_j), Alexy propõe uma escala triádica, cujos graus a serem atribuídos serão leve, médio ou grave. A fórmula pretende respaldar suporte de racionalidade ao processo de definição da proporcionalidade, especialmente ao estipular o relacionamento discursivo entre o grau de intervenção em determinado princípio e o grau de importância do princípio contrário, retratada mediante o símbolo da seguinte formulação (LEIVAS, 2015, p. 98):

$$Gi,j = \frac{Ii}{Ij}$$

Nela $G_{i,j}$ representa o peso concreto verificado entre o grau de intervenção em um princípio, representado por I_i e o grau de importância do princípio colidente, representado por I_j. Para a realização da análise do grau de intervenção através da escala triádica de atribuição de pesos, Robert Alexy prevê uma escala geométrica,

atribuindo peso 1 para leve, peso 2 para médio e peso 4 para grave intervenção ou importância dos princípios colidentes.

Se o resultado da formulação for superior a um, então a satisfação do princípio P_i terá primazia sobre o grau de intensidade na intervenção sobre o princípio P_j. Se o resultado for menor que 1, P_j terá primazia sobre P_i.

A justificação da atribuição de graus aos princípios deve ser pautada pelas regras da argumentação jurídica e pela racionalidade na justificação, sobretudo porque as premissas utilizadas devem ser compreendidas de modo a serem aplicáveis a outros casos similares. Desta forma, decisões judiciais proferidas através do rigor da regra da proporcionalidade demonstram-se hábeis a oferecer a racionalidade e a universalização das premissas utilizadas, de forma a proporcionar maior segurança jurídica e menor carga subjetiva à tomada de decisão judicial.

Cabe ressaltar que a fórmula estabelece que um princípio jurídico possui precedência sobre o outro no caso concreto, sem, contudo, importar em afetação na esfera de validade dos princípios colidentes. Da colisão entre os dois princípios e do exercício da proporcionalidade nascerá uma regra que estabelece uma relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes (BUSTAMANTE, 2006a, p. 6).

3 CRÍTICA À PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY: A PROPORCIONALIDADE COMO MEDIDA CONTRÁRIA AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Recorrente objeção apresentada à regra da proporcionalidade diz respeito à competência dos tribunais ordinários e constitucionais para a realização do exercício argumentativo da proporcionalidade, que estabelecerá a prevalência condicionada de um princípio sobre outro nos casos concretos. Para muitos críticos da teoria de Alexy, a possibilidade de revisão legal das medidas legislativas pelo poder judiciário é tida como uma afronta ao princípio democrático. (BARAK, 2012, p. 750)

Os críticos à teoria defendem que a proporcionalidade, como ferramenta de resolução da colisão entre princípios pelo poder judiciário, fere o princípio democrático, já que este exame da proporcionalidade seria função precípua do legislador, democraticamente eleito e por conseguinte legitimado constitucionalmente

a realizá-lo. Segundo este entendimento crítico, a realização judiciária do exercício da ponderação age em desacordo com a legitimidade constitucional e com o princípio da separação dos poderes. (BARAK, 2012, p. 750)

O cerne da crítica que entende a regra da proporcionalidade como antidemocrática reside no questionamento acerca da possibilidade de um cidadão recorrer ao Tribunal Constitucional ou ordinário, e, na condição de titular de direito fundamental, opor-se a determinada medida legislativa abstrata e geral, recebendo guarida daquelas cortes. Esse reconhecimento levaria, portanto, à primazia do seu direito em sobreposição à vontade popular expressa através da manifestação democrática do parlamento. (NOVAIS, 2012, p. 9)

Para Jeremy Waldron, a revisão legislativa pelo judiciário é inapropriada como modo de decisão final em uma sociedade livre e democrática (2006, p. 1348). Esta concepção pressupõe a lei como a vontade majoritária dos representantes do povo, impondo-se, em um regime democrático, que o direito se conforme com esta vontade, tida como mais legítima e consentânea com os direitos da coletividade. (NOVAIS, 2012, p. 9)

Ao defender o caráter antidemocrático da proporcionalidade, os críticos questionam a capacidade de os tribunais constitucionais apropriarem-se do poder de decisão política do legislador para depois substituí-lo; a essa supremacia ante ao poder democraticamente eleito se soma uma segunda ressalva, a de que as decisões judiciais substitutivas da lei não se utilizam de critérios objetivos e imparciais para oferecer com propriedade resposta diversa daquela democraticamente assentada pelo Legislativo em nome do povo.

Na concepção de Bernhard Schlink (2012, p. 725), por exemplo, atribuir pela via judicial pesos ao conflito de princípios, direitos e valores, e compará-los pura e simplesmente implicaria em um intransponível componente de subjetividade nas decisões que envolvem a proporcionalidade, uma vez que os parâmetros utilizados para a atribuição daqueles expedientes não poderiam ser a contento universalizáveis.

A partir desta concepção, as decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais, destinadas a invalidar leis democraticamente concebidas, seriam incompatíveis com o regime democrático, substituindo a atuação legislativa democraticamente estabelecida por decisões eivadas de subjetividade, as quais desnaturam a decisão democrática em uma decisão elitista e particular.

4 A ACEITAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE A PARTIR DA SUPERAÇÃO DA CONCEPÇÃO MERAMENTE QUANTITATIVA DE DEMOCRACIA

A concepção de que a regra da proporcionalidade é antidemocrática pode ser destinada a outras tantas teorias que reconhecem a capacidade de revisão legislativa pelo Judiciário e a existência de cortes constitucionais com poder substantivo de veredictos no controle de constitucionalidade. O cerne dessa crítica reside, de forma simplista, no entendimento de que compete ao Legislativo, enquanto poder democraticamente eleito, a função de dizer o que é o direito, impondo-se aos tribunais e à sociedade a observância de tais resoluções.

O que se evidencia é que, diante dos modelos constitucionais contemporâneos, marcados pela ampliação constitucional de natureza material, verificou-se uma alteração na organização judicial. Os princípios consagrados pelas constituições, dotados de generalidade, passaram a conceder aos tribunais constitucionais uma plenitude de poderes. Neste cenário, a constituição estabelece uma ordem com ascendência no Estado-jurisdição, ou seja, com índole jurídico-constitucional, em detrimento do modelo parlamentar-legislativo. (ALEXY, 2003, p. 54 -55)

A ampliação constitucional, comum a muitos Estados-nações contemporâneos, estabelece, através dos direitos fundamentais, garantias jurídico-constitucionais contra eventuais arbitrariedades e excessos revestidos pelo manto democrático através da manifestação legislativa, de que foram exemplos os episódios totalitários ocorridos em diferentes regimes no século XX, quando violações a direitos eram justificadas pelo apoio majoritário da população e corroboradas pelo emblema legislativo do direito oficial. (NOVAIS, 2012, p. 23)

Os modelos constitucionais atuais, sobretudo após a segunda guerra mundial, deixaram de se limitar a questões atinentes à organização do Estado e ao catálogo das liberdades individuais, características do constitucionalismo liberal, passando a prever “valores carentes de integração e harmonização” (NOVAIS, 2012, p. 66), instituindo, portanto, uma postura prospectiva e atuante a partir da consagração de valores comuns e desejáveis no âmbito de determinada sociedade.

O Estado Democrático de Direito, desta feita, caracteriza-se por oferecer relevo à dignidade da pessoa humana, ampliando o acesso ao poder através de instrumentos democráticos de participação da sociedade, contexto no qual ganham prestígio os direitos fundamentais e a ideia de democracia substancial (LEAL; BOLESINA, 2012, p. 275).

Uma vez compreendida a democracia como o modelo que reconhece que todo o poder é representativo (BARROSO, 2012, p. 19), a instituição de um modelo estatal que prestigie a democracia e os direitos fundamentais revela a tensão permanente entre tais diretrizes axiológicas.

Segundo Robert Alexy, uma visão realista acerca dos direitos fundamentais revelaria uma contradição sobre o caráter democrático dos direitos fundamentais, a partir da qual estabelece-se uma primeira conclusão de que direitos fundamentais poderiam ser compreendidos como democráticos, uma vez que visam assegurar direitos de liberdade e de igualdade, liberdade de expressão e liberdade política que asseverariam condições para o regular funcionamento do processo democrático. Sob outro prisma, uma segunda conclusão poderia estabelecer que os direitos fundamentais poderiam ser compreendidos como "ademocráticos", uma vez que tais direitos desconfiam do processo de formação das leis, na medida em que atuam vinculando o legislador, com a capacidade de reduzir o poder de decisão da democrática maioria parlamentar. (ALEXY, 1999, p. 65)

Em última análise, as críticas proferidas contra a proporcionalidade, defendendo o caráter antidemocrático da regra em comento, vislumbram uma tensão intransponível entre Estado de Direito e democracia, entre a proteção judicial ativa dos direitos fundamentais e a maioria política.[3] Esta tensão é pautada, sobretudo, pela existência de uma concepção quantitativa de democracia, que reduz o regime democrático à decisão, ou ao voto, da maioria. (NOVAIS, 2012, p. 19)

Uma concepção puramente formal de democracia poderia concebê-la como procedimento de decisão marcado pelo critério da maioria e das eleições. (ALEXY, 2015, p. 163) Esta concepção simplória de democracia demonstra-se incompatível

[3] O reconhecimento desta tensão entre democracia e Estado de Direito não se verifica em Jeremy Waldron. O autor reconhece a "congruência natural" entre democracia e direitos fundamentais, verificando, eventualmente, a ocorrência de desacordo entre o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais, neste caso, a resolução do problema se daria, segundo o autor, a partir de um argumento de autoridade, pelo estabelecimento da competência da representação popular como última palavra. (NOVAIS, 2012, p. 34)

com o Estado Democrático de Direito, uma vez que a partir de uma concepção meramente procedimental de democracia, leis eminentemente injustas seriam válidas, impondo a chamada “tirania da maioria”.

O que se verifica, contudo, é que o modelo democrático deliberativo guarda características capazes de realizar a harmonização entre Estado de Direito e democracia. Segundo Santiago Nino (1997, p. 198), a democracia deliberativa pressupõe, necessariamente, um discurso justificatório, baseado em razões morais substantivas, próprias de determinada comunidade. A democracia deliberativa não fica adstrita a adesões majoritárias como condição de validade, típicas de um modelo absenteísta de democracia, como é a democracia quantitativa, que se orienta simplesmente pela adesão política de maiorias articuladas com certa periodicidade e com base em determinados procedimentos estatísticos.

A concepção deliberativa de democracia admite a integração entre direitos fundamentais e organização política democrática, uma vez que concebe os direitos fundamentais como condição substantiva ratificadora da existência de uma democracia (NOVAIS, 2012, p. 19).

Para Robert Alexy, a regra da proporcionalidade pressupõe a existência de uma democracia deliberativa, definida pelo autor como o modelo democrático a partir do qual todos os participantes buscam uma solução correta, por meio da racionalidade discursiva (ALEXY, 2015, p. 35).

Neste contexto, podemos vislumbrar dois tipos de democracia, uma democracia substancial, própria de um Estado de Direito com garantias efetivas, sejam elas liberais ou sociais, e uma democracia formal ou política, baseada no princípio da maioria como afirmação de legalidade. (CADEMARTORI, 2017, p. 550)

O texto constitucional retirou da disponibilidade da maioria política valores substanciais de uma sociedade, com os quais a cidadania possui afinidade indisponível. A intervenção negativa em referidos valores pela maioria parlamentar atua como gatilho para a intervenção argumentativa do tribunal constitucional. (NOVAIS, 2014, p. 84)

O Estado Democrático de Direito reconhece que algumas questões extrapolam a dimensão meramente política, dando a última palavra às cortes constitucionais, por se tratarem de assuntos substancialmente jurídicos, que digam respeito às normas constitucionais com fundamento material (NOVAIS, 2014, p. 89).

Segundo Luís Roberto Barroso, a manutenção e a promoção dos direitos fundamentais é intrínseca ao regular funcionamento do Estado Democrático de Direito, mesmo quando contrário às maiorias políticas eventualmente formadas. (BARROSO, 2009, p. 28)

No entendimento de Ronald Dworkin não existe um conflito estrutural entre direitos fundamentais e democracia, isto porque os direitos fundamentais atuam como trunfos contra a maioria, à medida que protegem as minorias das decisões políticas democraticamente tomadas pelas maiorias. Neste contexto, o Estado não poderia pretender implementar medidas que implicassem em sacrifício dos direitos fundamentais, uma vez que tais direitos atuam como uma trincheira a esta postura, havendo, assim, uma integração entre direitos fundamentais e democracia. (DWORKIN, 1984, p. 153) (NOVAIS, 2012, p. 38)

Robert Alexy (1999, p. 66), assim como Jorge Reis Novais (2012, p. 41), reconhece a existência de uma tensão entre direitos fundamentais e democracia, no entanto, confia a superação desta tensão através da compreensão de que tanto legislativo quanto o judiciário exercem funções democráticas. Enquanto o legislativo exerce a representação política do cidadão, as cortes constitucionais exercem a representação argumentativa, reafirmando o princípio democrático de que todo o poder emana do povo (ALEXY, 1999, p. 66).

Os tribunais, através de um discurso justificatório racional, baseado em critérios “jurídico-constitucionais e jurídico-fundamentais”, representam os interesses dos cidadãos de tutela de seus direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Quando os argumentos utilizados pelos tribunais são bem aceitos pela sociedade e o processo de reflexão desenvolvido entre a sociedade, o legislativo e o judiciário se estabiliza, nas palavras de Robert Alexy, pode-se concluir pela institucionalização dos direitos da pessoa humana em conformidade ao Estado constitucional democrático. (ALEXY, 1999, p. 66)

Apesar das divergências existentes entre Dworkin e Novais, no que tange à forma de aplicação dos direitos fundamentais pelos tribunais constitucionais, Novais entende relevante a abordagem desenvolvida por Dworkin, sob a perspectiva de que os direitos fundamentais sejam compreendidos como trunfos enquanto limites impostos ao poder público como decorrência da necessária observância da dignidade da pessoa humana (NOVAIS, 2012, p. 38).

Para Jorge Reis Novais, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se como o fundamento material da compreensão de direitos como trunfos, uma vez que é a partir da igual dignidade de todos que os cidadãos possuem a prerrogativa de se estabelecerem de acordo com suas concepções e planos de vida próprios, "independentemente da maior ou menor adesão social que concitem" (NOVAIS, 2012, p. 47). Desta forma, cada indivíduo possui, em si, como decorrência da dignidade da pessoa humana, uma esfera de autonomia e liberdade indisponíveis à restrição de uma maioria política (NOVAIS, 2012, p. 49).

Segundo Novais, os direitos fundamentais exigem a democracia, como decorrência do princípio da igual dignidade de todas as pessoas, alicerce do Estado de Direito, de modo que se não houver democracia, não há verdadeiro Estado de Direito. Por outro lado, segundo o autor, "sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais, não há verdadeira democracia: os direitos fundamentais seriam, neste contexto, condição do regular funcionamento da democracia". (NOVAIS, 2006, p. 19-20).

Naturalmente, verifica-se que a democracia não se estabelece como um fim em si mesmo, mas como o melhor instrumento para que o Estado observe os interesses dos seus representados, assegurando a dignidade dos cidadãos através da soberania popular.

O reconhecimento de valores pela Constituição, sobretudo a dignidade da pessoa humana e a igualdade, característicos do Estado Democrático de Direito, não permite que se conceba a democracia como raso instrumento formal de aprovação pela maioria. Inquestionável que a democracia carece de valores substantivos, compatíveis com o almejado pelo Estado Democrático de Direito, razão pela qual se reconhece que os direitos fundamentais imponham limitações ao poder público, em função de constituírem-se como garantias jurídicas constitucionais.

Em que pese a demonstração da admissibilidade de que o judiciário eventualmente afaste a aplicação de uma norma jurídica por argumentos constitucionais, fundados na dignidade da pessoa humana, a superação das críticas proferidas contra a proporcionalidade ocorre apenas se demonstrado que o exercício realizado pelos juízes e tribunais é dotado da justificação racional necessária para a efetivação dos corolários da democracia deliberativa. A decisão deve oferecer a justificação e a capacidade de universalização para proporcionar o ambiente

democrático e a segurança jurídica, afastando, na maior medida possível, o componente de subjetividade arbitrária das decisões judiciais.

Neste contexto, a regra da proporcionalidade oferece excelente alternativa para a conciliação da tensão existente entre direitos fundamentais e democracia, porquanto propõe um discurso justificatório racional e universalista. Ademais, conforme adverte Robert Alexy, a regra da proporcionalidade reafirma a vinculatividade dos princípios, exigindo a aplicabilidade dos princípios constitucionais (ALEXY, 1999, p. 79).

A proporcionalidade pode ser concebida como instrumento capaz de oferecer a racionalidade e a justificação necessárias para que a decisão judicial seja considerada uma decisão democrática, ao mesmo passo que oferece segurança jurídica a partir de decisões racionais, justificáveis e passíveis de universalização, em razão da justificação das premissas apoiadoras da atribuição de pesos aos princípios colidentes na regra da proporcionalidade em sentido restrito, ou ponderação.

A justificação racional, cujas premissas sejam acessíveis aos cidadãos, e a proteção dos direitos fundamentais são elementos desejáveis para uma democracia típica do Estado Democrático de Direito e passíveis de serem atingidos a partir da correta aplicação da proporcionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proporcionalidade demonstra-se como método importante para a construção de decisões racionais que envolvam o conflito entre princípios, mitigando a discricionariedade e os riscos de decisões arbitrárias do juiz ou das cortes constitucionais e servindo como importante instrumento de segurança jurídica, ao permitir que as decisões realizadas através do rigor da regra possam ser repetidas em casos similares.

A função da proporcionalidade e sua repercussão no sistema jurídico, no entanto, exigem o mais alto rigor técnico na aplicação da regra. A aplicação da regra da proporcionalidade não pode ser entendida como uma ameaça à efetivação dos direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito, como sugerem muitos críticos à teoria, uma vez que a regra se demonstra instrumento hábil a fortalecer os direitos fundamentais.

As críticas que atribuem à regra caráter antidemocrático pressupõem uma democracia meramente quantitativa e formal. Ao revés, uma concepção de democracia deliberativa, desejável a um Estado democrático, concebe a atividade jurisdicional como uma atividade tipicamente democrática, cuja representação popular se dá pelo discurso racional e universalizável pelos tribunais.

O modelo constitucional contemporâneo almeja a efetivação dos direitos fundamentais, tão caros à sociedade, não se podendo, nestes termos, conceber a democracia como um instrumento meramente formal. A representação dos cidadãos deve ocorrer de forma a garantir sua dignidade, de modo que o exercício democrático seja destinado à realização de direitos e não seja compreendida exclusivamente através do mero adesismo quantitativo.

A democracia deliberativa é modelo democrático compatível com um ambiente de efetivação de direitos fundamentais e expressamente conciliável com a regra da proporcionalidade. Conclui-se, desta forma, que o alto rigor técnico oferecido pela regra da proporcionalidade de Robert Alexy possui a capacidade de oferecer decisões judiciais dotadas de racionalidade, com controle e fiscalização discursivas infensas à arbitrariedade, passíveis de serem universalizáveis e, assim, de se tornarem afins ao Estado Democrático de Direito e ao modelo de democracia deliberativa.

Referências Bibliográficas:

ALEXY, Robert**. Constitucionalismo discursivo.** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

ALEXY, Robert. **Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada.** Revista dos Tribunais, v. 809, p. 54-73, 2003.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. v. 217, p. 55 – 66, jul./set. 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Um Conceito não-positivista de Direitos Fundamentais**. In: HECK, Luís Afonso (Org.). Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015b.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1999. 3.ed.

BARAK, Aharon. **Proportionality(2).** In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Faculdade de Direito –UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**. n. 13, Madrid, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy**: **um modelo funcional para a argumentação jurídica?** Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 54, p. 76-107, 2006a.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas: Análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy.** Revista de Informação Legislativa. p. 76-107, 2006b. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92841/Bustamante%20Thomas.pdf> Acesso em 15 jan. 2019.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. A necessidade e a insuficiência do princípio da maioria para a democracia: sobre a democracia e a proteção das minorias. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 22, n. 2, 2017. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10986>. Acesso em: 14 jan. 2019.

DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WASDROM, Jeremy. **Theories of Rights**. Oxford: University Press, 1984.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais**. Revista dos Tribunais,** v. 781, p. 71-78, 2000.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. A jurisdição constitucional como defensora da democracia e dos direitos fundamentais no Estado Constitucional e Democrático de Direito. **Pensar**, Fortaleza, v. 17. jan./jul. 2012.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **A racionalidade da ponderação em Robert Alexy.** In: HECK, Luís Afonso (Org.). Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

NINO, Santiago. **La Constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito.** Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos críticos.** Coimbra: Almedina, 2014.

SCHLINK, Bernhard. **Proportionality (1)**. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press,
2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23–50, 2002.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115. 2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3>. Acesso em: 13 jan. 2019.

ISSN: 2358-3010