

LIMITE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO USO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE¹

THE JUDICIARY ACTION LIMITATION IN THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

Elisandra Riffel Cimadon²

Marco Antônio Minikoski³

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Princípio da Proporcionalidade: uma visão geral; 2 Princípio da Proporcionalidade e Poder Discricionário do juiz: limites; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

Contribuir para uma nova Percepção Jurídica é o principal objetivo deste artigo científico, o qual, por meio do método indutivo, apresenta uma visão geral do Princípio da Proporcionalidade, como meio de sopesamento de valores de uma Sociedade, bem como com conexão entre Direito e Moral, a fim de encontrar argumentos limitadores do Poder Discricionário do juiz, este contrapoder e verdadeira precaução. Do resultado alcançado apresentou-se uma grande preocupação da doutrina em efetivamente entender que a conexão entre o Direito e a Moral é característica essencial da ponderação de princípios,

¹ Artigo produzido no âmbito das disciplinas ***Derecho Constitucional Comparado y Sostenibilidad e Desarrollo y Sostenibilidad***, ministradas na Universidade de Alicante, em maio de 2012, como parte das atividades conjuntas de cooperação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/Univali – Cursos de Mestrado e Doutorado e o *Master* em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad – MADAS/ Universidad de Alicante – Espanha, com a participação dos Professores Visitantes Estrangeiros – PVE/Capes Prof. Dr. Gabriel Real e Prof. Dr. Maurizio Oliviero.

² Universidade do Vale do Itajaí; Mestrado em Ciência Jurídica, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ – Mestrado, Direito e Jurisdição; Advogada; eliscimadon@yahoo.com.br.

³ Mestrado em Ciência Jurídica, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ – Mestrado, Direito e Jurisdição, Advogado; marco@minikoski.com.br.

especialmente diante de uma necessária atitude construtiva do Direito, com limitações e vínculos dos magistrados ligados à ideia de um poder bom, geralmente rejeitado, diante do Poder Discricionário que, ligado à política e ao critério do indecível (do novo paradigma constitucional), faz, em diversas oportunidades, concluir pela arbitrariedade. A busca por uma Sociedade de Justiça, no sentido de anseio social, de poder bom, é um ideal que está um tanto quanto distante, mas que pode ser aproximado desde que conciliadas a uma razão jurídica moderna, que cumpra os valores emanados na Carta Magna, que se utilize da ponderação e do Poder Discricionário com o elo de ligação do Direito e da Moral.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça; Poder Discricionário; Poder Judiciário; Princípio da Proporcionalidade; Sociedade.

ABSTRACT

To contribute to a new Legal Perception is the main objective of this research paper, which, through the inductive method, presents an overview of the Proportionality Principle as a means of values balance of a society, as well as connection between law and morals in order to find arguments limiting the discretionary power of the judge, this countervailing and real caution. The result achieved presented a major concern in the doctrine effectively to understand that the connection between law and morals is the essential feature in weighting principles, especially before a necessary constructive attitude of law, with limitations and bonds of judges linked to the idea of a good power usually rejected before the discretionary power which, on policy and the discretion of the undecidable (the new constitutional paradigm) does, on several occasions, by the complete arbitrariness. The search for a fair Society, in the sense of social desire, good power, is an ideal that is somewhat distant, but it can be approximated since reconciled with a modern legal reason, that meets the values emanating from the Constitution that is used and the weighting of discretionary power with the link of Law and Morals.

KEYWORDS: Justice; Discretionary Power; Judiciary; Principle of Proportionality; Company.

INTRODUÇÃO

A busca de um significado do que efetivamente é a Justiça passa não somente por sua concepção jurídica formal, como é o caso do Direito, mas também pelo que almeja e entende a Sociedade e suas possibilidades de relação com o

Princípio da Proporcionalidade, que indica uma maneira harmônica de pesos e contrapesos a serem regulados antes da tomada de decisão.

Na primeira fase da pesquisa deste artigo científico, especificou-se o Referente² como: fundamentar, em uma visão geral, o Princípio da Proporcionalidade, bem como realizar reflexão acerca do Poder Discricionário do juiz. Na segunda fase da investigação, realizou-se a conexão entre o Princípio da Proporcionalidade e o Poder Discricionário do juiz, a fim de constatar eventuais limites, sob o enfoque do Direito e da Moral. Ou seja, na primeira e segunda fase de pesquisa, o problema reporta-se justamente para a averiguação de elementos acerca da assertiva de que há necessidade de elementos limitadores de atuação do Poder Judiciário, aqui representado pelo magistrado, para a construção de uma Sociedade justa, focada na ideia de um poder bom, de ponderação como característica de aplicação dos princípios e até mesmo das regras, além da utilização do Poder Discricionário conectado à Moral, sem a ideia de arbitrariedade.

Já na terceira fase da pesquisa, foram correlacionados os fatos e fundamentos da fase de investigação, direcionando para a quarta fase da pesquisa, a de relatório de pesquisa, a qual aponta para um exame do Referente abordado e o submete, enfim, à quinta fase da pesquisa, a avaliação e a conclusão do produto científico. Ainda se esclarece ao leitor que neste artigo se evidenciou a Palavra/Expressão-chave Sociedade, no sentido de pessoas que buscam o mesmo objetivo, que procuram um senso comum para encontrar o sentido de Justiça, também trazida como Palavra-chave, naquilo que lhes parece ser mais evidente e correto para a sua práxis social.

Para a formulação deste artigo científico, realizou-se pesquisa e identificação do principal enfoque do Princípio da Proporcionalidade e do Poder Discricionário do juiz, colacionado à análise de referências de fontes citadas que, conseqüentemente, propiciaram embasamento fundamental para a percepção

² A perspectiva conceitual da Técnica do Referente foi extraída de: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 81-82.

geral do Referente, de acordo com o que a base lógica do Método Indutivo⁴ preleciona.

1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: UMA VISÃO GERAL

Não é difícil perceber que atualmente se vive em uma Sociedade irrazoável e intolerante. Ter o valor como concepção coletiva faz com que os padrões de conduta sejam convencionados, a fim de se buscar o bem comum e uma ressignificação. O olhar individualista em nada contribui para a evolução da Sociedade, pois sempre será sentida a ausência da prudência, da tolerância, do senso de solidariedade e até mesmo de Justiça.

Assim, em contrapartida, também é comum perceber que o clamor social acerca de diferentes direitos está se transformando aos poucos e que está sendo admitido não somente como um conjunto de normas, mas igualmente como regra de conduta do anseio da Sociedade. Nesse sentido, ensina Silva:⁵

[...] Valor, enquanto manifestação do espírito da Sociedade, representa o sentido moral como padrão de conduta de um povo. Ainda que a idéia de um valor moral corresponda a um ideal de determinado tempo, o conceito acha-se em permanente evolução.

[...] Admitindo-se que o direito, como fenômeno social e cultural é entendido como meio destinado a regular as relações humanas em Sociedade, mostra-se igualmente correto pensar que os valores morais e éticos, criados pela Sociedade servem de fundamento para a sua explicação.

[...]

⁴ A perspectiva conceitual de Método Indutivo foi extraída de: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. p. 86.

⁵ SILVA, Moacyr Motta da. A ideia de valor como fundamento do Direito. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; GARCIA, Marcos Leite (Org.). **Reflexões sobre Política e Direito – Homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 355-357.

Sob esse enfoque ganha destaque a proporcionalidade, como meio facultativo para se estabelecerem metas e efetivamente alcançá-las, com elo a subsídios, como a fraternidade, a harmonia, o Direito e o valor de Justiça.

É óbvio que regras são indispensáveis e a legalidade decorre de uma necessidade do Estado Democrático de Direito, pois é essencial que a norma exista e demonstre ser adequada. Entretanto, não deve e não pode ser ela uma ferramenta de interferência desproporcional.

Dessa forma, Alflel⁶ entende que aliado a essas ideias de necessidade de vetar e impedir interferências desproporcionais corresponde o Princípio da Proporcionalidade, especialmente em relação às limitações dos direitos fundamentais, ao princípio da adequação, no que diz respeito a medidas interventivas adotadas para atingir os objetivos propostos, bem como ao princípio da necessidade. É também nesse sentido que o Princípio da Proporcionalidade se destaca.

Entretanto, antes de explanar a respeito de uma visão geral do Princípio da Proporcionalidade, faz-se necessário informar ao leitor que neste artigo científico será utilizada a denominação "Princípio da Proporcionalidade", muito embora Bonavides advirta que os termos mais habituais são "proporcionalidade" (*Verhältnismässigkeit*) e "proibição de excesso" (*Übermassverbot*), com base no entendimento da doutrina alemã, e que estas denominações, na verdade, expressam um conjunto de princípios que aplicados concomitantemente acabam por perfazer por completo a finalidade do Princípio da Proporcionalidade. Nesse sentido, prossegue:

As dificuldades terminológicas ainda afligem o Princípio da Proporcionalidade: nem todos os autores que se ocupam da matéria chegaram a um nível de acordo apto a afastar dúvidas e controvérsias acerca da expressão de uso

⁶ ALFLEL, Pablo Rodrigo. Garantia da Ordem Pública e Violação ao Princípio da Proporcionalidade. **Revista Bonijuris**, Curitiba: Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, ano 23, v. 24, n. 4, p. 7, 2011.

corrente, tanto na doutrina como na jurisprudência. Haja vista a esse respeito os alemães que em primeiro lugar criticam a carência de unidade de sistematização de sua Corte Constitucional quando enfrenta o problema da designação daquele princípio. Os termos mais usuais na linguagem jurídica ali são 'proporcionalidade' (*Verhältnismässigkeit*) e 'proibição de excesso' (*Übermassverbot*), via de regra empregados para designar o conjunto de conceitos parciais ou elementos constitutivos denominados sucessivamente adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit, i. e., Sinn*), que compõem o sobredito princípio. [...] Finalmente, é de se ressaltar que a ocorrência de sinonímia na extensão em que hoje se admite, com respeito aos princípios da proporcionalidade (em sua acepção lata) e de 'proibição de excesso' (*Übermassverbot*) pode verificar-se também relativamente aos princípios parciais acima relacionados.⁷

Depois de realizada a necessária informação acerca da denominação utilizada neste artigo científico, passa-se a realizar uma abordagem geral acerca da visão geral do Princípio da Proporcionalidade, a fim de contextualizá-lo no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme leciona Barroso,⁸ proporcionalidade remonta de um sistema jurídico anglo-saxão, como princípio desenvolvido como próprio do sistema *common law*, cuja noção advém do sistema jurídico alemão e que, muito embora já tenha passado pelo campo do Direito Constitucional e Administrativo, insere-se em diversas óticas e ramos, especialmente por ser considerado com valores de

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 402-406.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 372-373.

racionalidade, de Justiça, de rejeição de atos arbitrários ou caprichosos, suficientes para intercambiar o uso das expressões princípio da razoabilidade ou proporcionalidade ou proibição do excesso ou equidade.

Bonavides⁹ ensina que no ordenamento jurídico brasileiro o Princípio da Proporcionalidade está inserido como norma esparsa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e que “[...] noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais se avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade [...]”

E é nesse contexto que se implanta

[...] a idéia de princípios disponíveis em grau genérico e com amplo apelo aos quais se pudesse sempre ‘explicar’ dispositivos legais, veio da necessidade que, no plano de aplicação e da sistematização interpretativa, se fez sentir primeiro no âmbito civilístico.¹⁰

Assim, conflitos de interesses, de interpretações gerais e sobre a própria norma, bem como de valores aparecerão e por meio da aplicação do Princípio da Proporcionalidade é que poderá ser identificada a melhor solução, pois, conforme ensina Canotilho,¹¹ “[...] permitirá, por exemplo, descobrir o desvalor constitucional de alguns interesses pretensamente invocados como dignos de protecção e em conflitos com outros.”

Goldschmidt apud Barroso¹² aponta que são três os requisitos que devem estar congregados ao Princípio da Proporcionalidade: o da adequação, o da

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 434.

¹⁰ DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. Curitiba: Juruá, 2006. p.139.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Portugal: Almedina, 2002. p. 1.225.

¹² GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **O Princípio da Proporcionalidade no direito educacional**. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 34 apud BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 372-373.

necessidade ou exigibilidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. E corrobora com tal entendimento Motta:

A doutrina o divide em três subprincípios: a) Adequação: deve-se identificar o meio adequado para se alcançar o fim do interesse público, sua adequação e validade desse fim. b) Necessidade: o meio escolhido não deve exceder os limites para ser alcançado o seu fim. Deve ser privilegiado o meio menos oneroso ou nocivo ao interesse dos cidadãos. c) Proporcionalidade *stricto sensu*: deve-se eleger o meio que, no caso específico, melhor atenda ao conjunto de interesses em jogo.¹²

Enfim, mesmo não expresso na Constituição Federal, o Princípio da Proporcionalidade é uma segurança aos cidadãos se encarado como uma maneira efetiva de se fazer Justiça. Por meio dele é possível proporcionar um sopesamento de valores e desvalores nas decisões que buscam o cometimento da Justiça. É nesse viés que se pode pensar no Princípio da Proporcionalidade como meio de aplicação e interpretação de uma medida justa, nem sempre tão normativista, tanto do ponto de vista administrativo quanto judicial.

Reafirma-se o entendimento supramencionado no ensino de Motta:

Esse princípio é uma garantia de proteção aos cidadãos contra os abusos do poder estatal e deve servir de apoio ao juiz ao decidir os problemas de compatibilização e concretização das normas constitucionais. É princípio identificado com o método tópico, voltado para a justiça no caso concreto que busca a solução mais adequada. [...] Esse princípio e o emprego desse método mereciam mais observância e utilização por parte das autoridades

¹² MOTTA, Moacyr Parra. **Interpretação constitucional sob princípios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 147.

administrativas e judiciárias; especialmente, nas decisões envolvendo o interesse social.¹³

O fato de a linguagem jurídica possuir um caráter vago pode fazer com que o argumento da injustiça floresça e é a partir desse ponto de vista que se faz necessária a conexão e reflexão entre o uso do Princípio da Proporcionalidade com o Poder Discricionário do juiz, aqui representando o Poder Judiciário. Por meio desta conexão podem ser estabelecidos limites e critérios, a fim de que este olhar da norma esparsa não se torne causa modificativa de um Direito que faz Justiça e que, portanto, pode ser visto como arbitrariedade.

2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ: LIMITES

Aceitar a aplicação do Princípio da Proporcionalidade é acolher a argumentação dos princípios, esta que leva a uma análise da moralidade e da legalidade, especialmente no que concerne ao uso do Poder Discricionário por parte do juiz, enfoque central deste artigo científico.

A primeira questão em relação a esse assunto é a antiga discussão entre o Direito e a Moral. Os posicionamentos são vastos a respeito da temática, especialmente porque envolvem a ponderação, o poder e as concepções de quem detém essa prerrogativa. Há o positivismo fechado e há o direito natural.

Para Kant:¹⁴

A conformidade de uma ação com uma lei do dever é sua legalidade (*legalitas*); a conformidade da máxima de uma ação com uma lei é a moralidade (*moralitas*) da ação. Uma máxima é um princípio subjetivo de ação, um princípio que o próprio sujeito converte em sua regra (como ele deseja agir); um princípio de dever, por outro lado, é um princípio

¹³ MOTTA, Moacyr Parra. **Interpretação constitucional sob princípios**. p. 147-148.

¹⁴ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução Edson Bini. 1. ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. p. 48.

que a razão a ele prescreve absolutamente e, assim, objetivamente (como ele deve agir).

Do entendimento transcrito, em um primeiro momento, verifica-se que Kant demonstra uma linha positivista fechada, sem a possibilidade da aplicação do Princípio da Proporcionalidade ou do Poder Discricionário, haja vista que o que está regulamentado é o que deve ser seguido, separando a Moral do Direito, como se seus conceitos não se comunicassem.

Pode-se citar que, para este autor, o Direito é ordenado por normas externas e a Moral é um incidente no campo interno, sem externalizações, como um autoconstrangimento.¹⁵ Prosseguindo acerca da breve explanação sobre Direito e Moral, haja vista que essa construção chega a uma determinação para entender a discricionariedade, pois limita de certa forma a sua aplicação, já que pode estabelecer a eleição de uma conduta justa ou conveniente do juiz. Por exemplo, Fuga¹⁶ menciona que:

[...] Para o Kelsen, a moral teria ligação com a sociologia jurídica, que estaria ligada ao ser, enquanto o Direito ligado ao dever ser. Moral e direito estariam em campos opostos, muito embora pudessem coexistir.

Para Dworkin, o pensamento positivista reduz a interpretação normativa em normas e regras, desconsiderando princípios, e fica sujeito a discricionariedade do intérprete. Na sua visão, não haveria discricionariedade se os princípios que norteiam as normas jurídicas concretas fossem usados. [...]

Menudo¹⁷ complementa:

¹⁵ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A discricionariedade do juiz na visão de Kant, Dworkin e Hart.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11160&revista_caderno=15>. Acesso em: 25 jul. 2012.

¹⁶ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A discricionariedade do juiz na visão de Kant, Dworkin e Hart.**

¹⁷ MENUDO, Francisco Lopez (Coord.). Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Perez Moreno. 1. ed. Madrid: Lustel, 2011. In: RODRIGUES, Tomás-Ramón Fernández. **Sobre el derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones.** 2011. p. 575. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3780569>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

Cuando Kelsen afirmó en su Teoría pura Del Derecho (vid. La traducion de M. Nilve, Buenos Aires, 1960, págs. 164 y ss.) que el Derecho está siempre indeterminado em uma u outra medida y que el juez dispone siempre por ello de una discrecionalidad mayor o menor a La hora de resolver, no desconoció, sin embargo, que existen, em principio, dos clases de discrecionalidad, La intencional y La no intencional, aunque luego dejara de lado La primera y concluyera que entre las diferentes clases de discrecionalidad no hay ninguna diferencia cualitativa, sino solo cuantitativa.

E, ainda, reitera-se o posicionamento de Fuga supracitado com o que está disposto na obra *O Império do Direito*, de Dworkin:¹⁸

[...] Diferentes juízes vão divergir sobre cada uma dessas questões e, conseqüentemente, adotarão pontos de vista diferentes sobre aquilo que realmente é, devidamente compreendido, o direito de sua comunidade.

[...] É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo o cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem de cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciousa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por esta razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ser.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 306-492.

E, prosseguindo, após citar os entendimentos de Kelsen e de Dworkin, os quais percebem a Moral e o Direito em âmbitos separados e que por tal razão não se poderia utilizar a discricionariedade. Fuga¹⁹ completa o estudo com a visão de Hart e afirma que:

[...] Na visão de Hart, o juiz deve decidir com discricionariedade quando a norma jurídica não existir no caso concreto. Ele afirma que o ordenamento jurídico não contempla resposta a todos os casos e, portanto, seria necessário o uso da discricionariedade para a decisão, principalmente em casos difíceis. [...]

Posicionamentos e concepções divergentes formam o sistema jurídico que se tem atualmente, um sistema que busca a resolução dos casos de acordo com a norma escrita, mas também em conformidade com a possibilidade da aplicação dos princípios intrínsecos, diretamente ligados à norma ou não, positivados ou naturais. O primeiro passo é perceber e aceitar que existe a necessidade de distinguir o uso das regras com os conceitos morais.

Conforme se pode perceber, Kant entende que há impossibilidade do uso da Moral nas obrigações de deveres; qualquer ambiguidade na norma a torna inapta para a vigência. Já Dworkin não admite o uso da discricionariedade, muito embora trate sobre o método de interpretação. Tanto Kant quanto Dworkin entendem que faltaria uma precisão matemática nos conceitos de Moral e Ética para poder ser aplicada à discricionariedade, há o afastamento do formalismo jurídico. Em contrapartida, Hart admite o uso da discricionariedade pautado justamente em princípios morais.²⁰

Ainda acerca dessa primeira questão, faz-se importante citar o entendimento de Alexy,²¹ o qual afirma em sua obra *Conceito e Validade do Direito*, que o argumento dos princípios passa por uma distinção entre Direito e Moral e que a

¹⁹ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A discricionariedade do juiz na visão de Kant, Dworkin e Hart.**

²⁰ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A discricionariedade do juiz na visão de Kant, Dworkin e Hart.**

²¹ ALEXY, Robert; VALDÉS, Ernesto Garzón (Org.). **Conceito e Validade do Direito.** Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 85.

ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios. Disso implica uma necessária conexão entre o Direito e a Moral, a qual passa por três fases, denominadas de “tese da incorporação”, “tese da moral” e “tese da correção”.

Das fases supramencionadas, desperta atenção a “tese da moral”, a qual entende que os sistemas jurídicos, sem exceção, possuem normas que necessariamente são formadas de uma “[...] estrutura de princípios a partir de um grau mínimo de desenvolvimento ainda não se conclui que existe uma conexão necessária entre direito e moral.”²²

Sedutora esta fase, até porque nem todas as normas podem ser criadas com cunho e ordem moral, embasadas por princípios ou não. Seria por essa razão que se pode dizer que o método a ser justaposto é o aquele o qual define a possibilidade de aplicação de uma solução alternativa, no uso, por exemplo, do Princípio da Proporcionalidade, diante da prerrogativa do Poder Discricionário do juiz. Corroborar, nesse sentido, o entendimento de Rigaux:²³

[...] a ordem jurídica é logicamente fechada e que, por mais difícil que seja o caso, existe um método cuja aplicação conduz necessariamente ao enunciado da única solução correta. Certamente, seja a decisão boa ou ruim, oportuna ou não – e não cabe à doutrina julgar isso –, a jurisdição de última instância porá necessariamente um ponto final ao litígio, mas trata-se de uma resposta ao mesmo tempo formal e factual, que não permite concluir que o método, que a levou a isto o fez por inteira necessidade e que nenhuma solução alternativa poderia ter sido proferida.

A segunda questão que deve ser aqui enfrentada diz respeito a considerar a possibilidade do uso do Poder Discricionário conferido ao juiz e verificar que ele é relacionado à Moral, e que não pode ser encarado como meio de arbitrariedade. E, diante da recepção dessa afirmação, como isso é possível?

²² ALEXY, Robert; VALDÉS, Ernesto Garzón (Org.). **Conceito e Validade do Direito**. p. 92.

²³ RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 72.

Menudo²⁴ explica que quando um órgão judicial ou administrativo precisa decidir sobre a aplicação de uma norma, ambos possuem a liberdade para eleger o meio que satisfaça melhor tal finalidade, com o uso da discricionariedade, mas que a primeira tarefa é precisar o *quantum* da liberdade; essa questão se resolve por meio essencialmente da densidade da norma regulamentadora, que obviamente varia uma da outra, dependendo da sua finalidade.

Na verdade se trata de uma limitação geral, pois conforme preleciona Rodrigues,²⁵ o *quantum* da discricionariedade depende certamente da estrutura finalista da norma, porque o fim que esta propõe condiciona e limita seriamente a liberdade de eleição dos meios que a norma oferece e que “[...] *aunque el texto literal de la misma parezca prima facie otorga una libertad total al no hacer referencia alguna a los medios, ni establecer criterio alguno para la elección de un concreto.*”²⁶

Nesse mesmo enfoque de limitações, Tripodina²⁷ faz uma reflexão a respeito dos limites e vínculos do juiz, utilizando-se da doutrina de Ferrajoli, e inicia sua reflexão mencionando sobre o paradigma da democracia constitucional, qual seja, a recusa da ideia de um poder bom, justamente sob a justificativa da necessidade da limitação do uso do poder discricionário, inicialmente, pela política, e, posteriormente, pelo judiciário, que possui o papel de uma “[...] razão jurídica moderna”,²⁸ sob a lógica da esfera do decidível e do indecidível.

²⁴ MENUDO, Fracisco Lopez (Coord.). Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Perez Moreno. 1. ed. Madrid: Lustel, 2011. In: RODRIGUES, Tomáz-Ramón Fernández. **Sobre el derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones.** p. 577.

²⁵ MENUDO, Fracisco Lopez (Coord.). Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Perez Moreno. 1. ed. Madrid: Lustel, 2011. In: RODRIGUES, Tomáz-Ramón Fernández. **Sobre el derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones.** p. 578.

²⁶ MENUDO, Fracisco Lopez (Coord.). Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Perez Moreno. 1. ed. Madrid: Lustel, 2011. In: RODRIGUES, Tomáz-Ramón Fernández. **Sobre el derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones.** p. 578.

²⁷ TRIPODINA, Chiara. **È la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi.** 2010. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica)–Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, maio 2012.

²⁸ TRIPODINA, Chiara. **È la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi.**

É importante destacar, nesse contexto, a seguinte citação de Tripodina:²⁹

Proprio attraverso questa distinzione tra sfera del decidibile e sfera dell'indecidibile, giunge a compimento, per Ferrajoli, "il processo di regolazione e limitazione del potere mediante il progressivo sostituirsi al governo degli uomini del governo delle leggi"[22]. Il riferimento è naturalmente ad Aristotele e al noto passo della Politica, nel quale il filosofo si interroga se sia più conveniente essere governati dall'uomo migliore o dalle leggi migliori: "È preferibile, senza dubbio, che governi la legge più che un qualunque cittadino". Infatti "chi raccomanda il governo della legge sembra raccomandare esclusivamente il governo di Dio e della ragione, mentre chi raccomanda il governo dell'uomo, v'aggiunge anche quello della bestia perché il capriccio è questa bestia e la passione sconvolge, quando sono al potere, anche gli uomini migliori".

Do entendimento supracitado, pode-se perceber claramente que o poder indecidível, ou seja, aquilo que não é permitido ou é proibido decidir, é um critério limitador do paradigma constitucional que se depara atualmente, ou seja, a consciência de que não existe um poder bom, especialmente no caso em que se fala no âmbito governamental, o qual possui funções de garantia.

Entretanto, quando se menciona a função judiciária, a esfera da discricionariedade configura-se como um contrapoder, ou seja, o poder que se coloca na mão de quem não é diretamente responsável com o povo, ou seja, que não detém o poder político, mas que serve justamente como verdadeira precaução, vinculado diretamente à lei, o que pode ser interpretado como um ficção, haja vista que não há mais como negar que existe a relevância da vontade do intérprete na atribuição de significados a disposições legislativas.³⁰

Nesta seara, Ferrajoli, citadona obra de Tripodina, coloca em grau reflexivo o seguinte: se a atribuição de significado às disposições legislativas e constitucionais não é uma operação vinculada ao direito, não é apuração de

²⁹ TRIPODINA, Chiara. **È la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi.**

³⁰ TRIPODINA, Chiara. **È la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi.**

CIMADON, Elisandra Riffel e MINIKOSKI, Marco Antônio Limite de atuação do poder judiciário no uso do princípio da proporcionalidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

verdade, mas um ato de liberdade do intérprete, a discricionariedade é sempre possível.³¹

A reflexão é válida e faz pensar acerca da revelação da ficção de que somente existe o poder bom. Este pode ser entendido como arbitrariedade. Há inúmeros exemplos disso, como a alteração recente do Código Florestal brasileiro, que, conforme é consabido, pois é público e notório, “[...] retira artigo que impedia o recebimento de crédito agrícola por produtores que não promovessem a regularização ambiental em cinco anos [...]”.³²

Outros exemplos são a discussão judicial que envolve o licenciamento ambiental, o estudo do impacto ambiental, a proteção do meio ambiente, a luta por um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por mais que a regulamentação esteja disponível e discipline o que se pode ou não fazer, cabe ao intérprete fazer uso dela ou não, e nesse momento as chances da arbitrariedade se fazerem valer são grandes, especialmente diante da possibilidade da aplicação do Princípio da Proporcionalidade aliado à discricionariedade.

O limite da discricionariedade deveria ser a ponderação, mas no sentido de poder bom, em uma combinação entre a Moral e a Justiça. Infelizmente são inúmeros os casos em que é público e mais do que notório que não é o poder bom que impera. Tal entendimento leva ao que Garcia de Enterría já ensinou, na obra de Mello:³³

Deveras, como se observa Garcia de Enterría, os Princípios Gerais do Direito, não se constituem em um abstrato reclamo da Moral ou da Justiça, porém são “uma

³¹ TRIPODINA, Chiara. **È la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi.**

³² CÓDIGO Florestal: Câmara aprova alterações de relator que não punem desmatador. **Uol Notícias**, Brasília, DF, 25 abr. 2012. Ciência. Disponível em:

<<http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2012/04/25/camara-aprova-alteracoes-de-relator-sobre-texto-do-codigo-florestal-do-senado.htm>>. Acesso em: 1 ago. 2012.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 96.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Processo cautelar: a tutela judicial na segurança. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 643, 1989.

condensação dos grandes valores jurídicos materiais que constituem o substratum do Ordenamento e da experiência reiterada da vida jurídica.”

Falta a combinação de Moral e Direito para que a Sociedade consiga exigir a Justiça que almeja. Isso mesmo e até porque, conforme Galeno Lacerda, citado por Rodolfo de Camargo Mancuso³⁴ em artigo publicado na Revista dos Tribunais n. 643, *Processo cautelar: a tutela judicial na segurança*, p. 39-40: “Discricionariedade – “Discrição” não significa arbitrariedade, mas liberdade de escolha e de determinação dentro dos limites da Lei.”

O desafio atual é construir uma democracia que seja sinônimo de harmonia, cidadania, preservação dos direitos sociais e fundamentais, valorização da dignidade da pessoa humana, e, especialmente, que atribua a real significação ao seu intuito, qual seja: buscar a utilidade para o maior número de pessoas possíveis sem privilegiar determinado grupo de cidadãos, sem se falar em favorecimentos e arbitrariedades baseadas em um poder legalmente possível.

Não há mais como postergar a necessária revisão de valores. Há uma urgência da Sociedade e do julgador; nesse caso, atribui-se especificamente ao juiz a função de estabelecer qual a intenção e a consequência do julgamento que fazem dos valores e sentimentos de Justiça buscados no anseio social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção de pontos de vista diferentes acerca de decisões administrativas e judiciais acaba gerando indagações que podem contribuir para uma nova Percepção Jurídica,³⁵ e, nesse enfoque, após a breve exposição do que está

³⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Processo cautelar: a tutela judicial na segurança*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 643, 1989.

³⁵ Conforme Plano de Ensino da Disciplina Fundamentos da Percepção Jurídica, ministrada pelo Prof. Dr. e Pós-Doutor Cesar Luiz Pasold, na Universidade do Vale do Itajaí; Mestrado em Ciência Jurídica, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica; Mestrado, Direito e Jurisdição, 2011-II, “Para os efeitos da disciplina *Fundamentos da Percepção Jurídica*, o Conceito Operacional para Instrumento de Percepção Jurídica é: ferramenta com a qual se examina norma jurídica (“legal; consuetudinária; jurisdicional; negocial”), descrevendo-a e emitindo juízo

CIMADON, Elisandra Riffel e MINIKOSKI, Marco Antônio Limite de atuação do poder judiciário no uso do princípio da proporcionalidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

sendo sentido como limites de atuação do Poder Judiciário, permite-se, ao menos, imaginar a avaliação no círculo das decisões futuras, especialmente para que seja conquistado o tão almejado sentimento de Justiça, de acordo com a práxis social, mas também em consonância com o enfoque normativista. Tais decisões ainda podem ser vistas como de difícil alcance, especialmente em razão da utilização do Princípio da Proporcionalidade, da conexão entre o Direito e a Moral, da distinção do que é ético ou arbitrário, mas ao menos já estão sendo objeto de reflexão, a fim de que a revelação da ficção aconteça e que se sobressaia o poder bom.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert; VALDÉS, Ernesto Garzón (Org.). **Conceito e Validade do Direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALFLEL, Pablo Rodrigo. Garantia da Ordem Pública e Violação ao Princípio da Proporcionalidade. **Revista Bonijuris**, Curitiba: Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, ano 23, v. 24, n. 4, p. 7, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Portugal: Almedina, 2002.

CÓDIGO Florestal: Câmara aprova alterações de relator que não punem desmatador. **Uol Notícias**, Brasília, DF, 25 abr. 2012. Ciência. Disponível em:

valorativo a respeito dela." A tipologia indicada nos parênteses supracitados é a proposta por REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito – para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, em especial na p. 17.

CIMADON, Elisandra Riffel e MINIKOSKI, Marco Antônio Limite de atuação do poder judiciário no uso do princípio da proporcionalidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

<<http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2012/04/25/camara-aprova-alteracoes-de-relator-sobre-texto-do-codigo-florestal-do-senado.htm>>. Acesso em: 1 ago. 2012.

DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. Curitiba: Juruá, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A discricionariedade do juiz na visão de Kant, Dworkin e Hart**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11160&revista_caderno=15>. Acesso em: 25 jul. 2012.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **O Princípio da Proporcionalidade no direito educacional**. Passo Fundo: UPF, 2003.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução Edson Bini. 1. ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Processo cautelar: a tutela judicial na segurança. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 643, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENUDO, Francisco Lopez (Coord.). Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Perez Moreno. 1. ed. Madrid: Lustel, 2011. In: RODRIGUES, Tomás-Ramón Fernández. **Sobre el derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones**. 2011. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3780569>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

MOTTA, Moacyr Parra. **Interpretação constitucional sob princípios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

CIMADON, Elisandra Riffel e MINIKOSKI, Marco Antônio Limite de atuação do poder judiciário no uso do princípio da proporcionalidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito – para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SILVA, Moacyr Motta da. A ideia de valor como fundamento do Direito. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; GARCIA, Marcos Leite (Org.). **Reflexões sobre Política e Direito – Homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

TRIPODINA, Chiara. **È la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi**. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica)–Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, maio 2012.