



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB)**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**KARINA NATHÉRCIA SOUSA LOPES**

**PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: QUESTIONAMENTOS SOBRE SUA  
CONSISTÊNCIA E RISCOS DO USO RETÓRICO DO STF**

Dissertação de Mestrado

**BRASÍLIA (DF)**

**2015**

**KARINA NATHÉRCIA SOUSA LOPES**

**PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: QUESTIONAMENTOS SOBRE SUA  
CONSISTÊNCIA E RISCOS DO USO RETÓRICO DO STF**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”.

Orientador: Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo

BRASÍLIA (DF)

2015

**KARINA NATHÉRCIA SOUSA LOPES**

**PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: QUESTIONAMENTOS SOBRE SUA  
CONSISTÊNCIA E RISCOS DO USO RETÓRICO DO STF**

Trabalho de dissertação apresentado ao Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo

Universidade de Brasília – UNB (Orientador)

---

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins

Universidade de Brasília - UNB

---

Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

---

Prof. Dr. Guilherme Scotti Rodrigues  
Universidade de Brasília – UNB (Suplente)

## **DEDICATÓRIA E AGRADECIMENTOS**

Dedico esse trabalho ao meu marido, Nando, e lhe agradeço pelo apoio dispensado durante a elaboração da presente dissertação de mestrado, e, especialmente, pelo carinho e pelo seu amor, componentes indispensáveis para o surgimento dos sonhos e para sua concretização.

Agradeço a minha amada mãe, Beta, a minha querida tia Nena, e ao meu querido irmão João, pelo amor e companheirismo em todas as fases da minha vida.

Agradeço aos queridos e competentes professores da UNB, que despertam o pensar crítico a respeito da forma como o Direito é interpretado e aplicado, proporcionando aos alunos um novo olhar a respeito do significado do Direito e do alcance da justiça.

Agradeço, especialmente, ao Professor Juliano Benvindo, estimado orientador, por ter aceitado prestar-me orientação na elaboração dessa dissertação, bem como pela paciência e disponibilidade durante a produção do trabalho e, por fim, por ter me instigado a desenvolver um raciocínio reflexivo e me estimulado a elaborar essa dissertação com uma visão questionadora acerca do estado de coisas.

Não poderia deixar de agradecer aos amigos, que foram imprescindíveis para a consecução desse projeto, pois auxiliaram na ultrapassagem dos momentos mais difíceis dessa jornada. Agradeço, em especial, às queridas Ana Karenina e Hamanda, competentes colegas de trabalho na Advocacia-Geral da União e mestres pela UNB, que me inspiraram a também ingressar no mestrado da UNB e me apoiaram, com debates acadêmicos e com sua amizade, na elaboração da dissertação. Agradeço também à querida amiga Andreia, que também contribuiu significativamente com as discussões a respeito do tema e com seu carinho na confecção do presente trabalho.

## RESUMO

Em razão da observação da corrente utilização pelo Supremo do princípio da proporcionalidade, com base nas premissas teóricas de Robert Alexy, como uma das principais técnicas interpretativas para resolver importantes dilemas constitucionais, o presente trabalho objetivou verificar se a sua aplicação resulta em maior consistência da fundamentação jurídica ou se sua aplicação pode se dar de forma meramente retórica, obscurecendo os reais objetivos dos julgamentos, com a substituição da decisão do Parlamento pela do Judiciário. Por meio da análise de alguns julgados do Supremo, será adotada uma postura crítica e reflexiva acerca da forma como realmente se dá a adjudicação constitucional, sobretudo, diante da possibilidade dessa técnica interpretativa ser manuseada de forma a subsidiar uma atuação tendente ao ativismo judicial, podendo propiciar uma atuação política disfarçada de decisão técnico-jurídica, por estar fundamentada de acordo com um método interpretativo, supostamente racional. O intento é o convite à reflexão a respeito do papel a ser desempenhado pelo Judiciário diante do arranjo democrático desenhado em nossa Constituição e sobre os riscos que a sua consolidação como prolator da última palavra institucional podem acarretar para a necessidade da permanente tensão paradoxal e produtiva entre democracia e constitucionalismo, que propicia um diálogo institucional vibrante e uma aprendizagem contínua a respeito do conteúdo dos direitos.

Palavras-chave: Princípio da Proporcionalidade. Balanceamento Retórico. Última palavra institucional. Supremacia Judicial. Supremo Tribunal Federal.

## **ABSTRACT**

Due to the observation of the current application of the principle of proportionality to solve constitutional dilemmas by the Supreme Brazilian court as a major interpretation technique which is based on Robert Alexy's premisses, this study aims to verify if its application results in greater consistency of the legal foundation or whether its application is being proceeded in a merely rhetorical way, obscuring the real judgements aims, such as replacing a Parliament decision by a judiciary one. Through the analysis of some judgements by the Supreme court, it will be taken a reflexive and critical position towards the way constitutional adjudication occurs, especially because of the possible usage of this technique in order to support judicial activism acts, leading to a political act disguised into a technical and legal one, as it is based on a supposedly rational interpretative method. The intent is an invitation for a deeper reflection concerning the role of the judiciary power in accordance to the democratic guideline held in our Constitution and the risks to be considered as a higher institution in charge of final decisions, leading to a permanent paradoxal and productive tension between democracy and constitutionalism, which provides a vibrant institutional dialogue and a progressive learning about the rights contents.

Key-Words: Principle of proportionality. Balancing rhetoric. Last institutional word. Judicial supremacy. Supreme Court.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>1</b>	<b>O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO.....</b>	<b>11</b>
<b>1.1</b>	<b>Análise de precedentes do Supremo que utilizam o princípio da proporcionalidade.....</b>	<b>11</b>
<b>1.2</b>	<b>Caso 1 – Estatuto do desarmamento: Análise da suficiência de discussão e fundamentação para a declaração de inconstitucionalidade.....</b>	<b>13</b>
<b>1.3</b>	<b>Caso 2 – Pesquisas científicas com células-tronco: Utilização do princípio da proporcionalidade com resultados díspares e criação de normas jurídicas.....</b>	<b>21</b>
<b>1.4</b>	<b>Caso 3 – Criação do Município de Luís Eduardo Magalhães no Estado da Bahia: Utilização do princípio da proporcionalidade para postergação da declaração de nulidade.....</b>	<b>31</b>
<b>2</b>	<b>ANÁLISE TEÓRICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>36</b>
<b>2.1</b>	<b>Natureza jurídica dos princípios.....</b>	<b>36</b>
<b>2.2</b>	<b>Do Princípio da proporcionalidade.....</b>	<b>39</b>
<b>2.3</b>	<b>Técnica da ponderação de Alexy.....</b>	<b>42</b>
<b>2.4</b>	<b>Do tradicional debate a respeito do princípio da proporcionalidade: Crítica à hermenêutica axiológica e a distinção entre princípios e valores.....</b>	<b>47</b>
<b>3</b>	<b>USO RETÓRICO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: TENDÊNCIA DE AMPLIAÇÃO DO PODER POLÍTICO DO SUPREMO.....</b>	<b>63</b>
<b>3.1</b>	<b>Prática da adjudicação constitucional: Crítica ao essencialismo e análise da separação entre “rights” e “remedies”.....</b>	<b>63</b>
<b>3.2.</b>	<b>Jurisdição constitucional e política: Caracterização do Judiciário como ator político na definição dos principais rumos do Estado.....</b>	<b>67</b>
<b>3.3</b>	<b>Riscos do uso retórico do princípio da proporcionalidade.....</b>	<b>72</b>
<b>3.4</b>	<b>Reanálise dos casos concretos selecionados: Crítica à</b>	

	<b>fundamentação construída pelo Supremo.....</b>	<b>78</b>
<b>3.5</b>	<b>Do fortalecimento do Supremo e da tendência ao ativismo judicial..</b>	<b>83</b>
<b>3.6</b>	<b>Questionamentos sobre o papel do Supremo de prolator da última palavra institucional.....</b>	<b>93</b>
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>108</b>
	<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>114</b>

## INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem por objetivo uma análise crítica da utilização do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal nas fundamentações de suas decisões judiciais, uma vez que essa técnica interpretativa, tal como desenhada pela dogmática jurídica alemã, destacadamente por Alexy,<sup>1</sup> tem sido bastante aplicada pelo Judiciário, ensinada nas instituições de ensino e cobrada para ingresso nos concursos públicos jurídicos, configurando uma das técnicas interpretativas mais difundidas nos dias atuais. É um tema que repercute com intensidade nos casos mais polêmicos e caros à sociedade, tendo sido utilizado para resolução de diversas demandas judiciais importantes, como exemplos, os casos das pesquisas científicas com células-tronco, do Estatuto do desarmamento e da criação de Municípios com violação das regras constitucionais.

No entanto, é importante verificar se a recepção desta metodologia interpretativa estrangeira foi incorporada de forma acrítica pela doutrina e Judiciário pátrios, já que não tem sido usual uma postura reflexiva acerca das consequências que podem advir de sua aplicação. Por isso, é relevante o questionamento sobre a suficiência da utilização da técnica nas fundamentações das decisões, se proporciona convencimento aos seus destinatários com relação aos resultados dos julgados ou se sua aplicação pode se dar de forma meramente retórica.

Essa atitude irredutível revela-se relevante, sobretudo diante da verificação, em casos concretos, de que o uso da técnica pode culminar em resultados diametralmente distintos, bem como de que pode subsidiar uma postura mais expansionista do Supremo.

É imperioso refletir sobre o imbrincamento do princípio da proporcionalidade com uma tendência ao ativismo judicial pelo Supremo, isto é, se tal técnica interpretativa tem servido de instrumento viabilizador do recrudescimento do Tribunal

---

1 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo Malheiros Editores, 2008.

e quais são as consequências desta conexão para a atuação judicial que se espera e deseja.

É relevante perquirir o contexto social e jurisdicional em que prolifera o uso do princípio da proporcionalidade, se existe um estímulo a uma atuação intervencionista e se é esse o ambiente no qual a técnica em comento ganha impulso. A investigação sobre os porquês de um contexto incentivador do ativismo judicial e quem são os atores impulsionadores desse processo revela-se essencial para entender se uma atuação expansionista é o que se espera do Supremo, se é o melhor para a sociedade e para o contínuo aprendizado democrático.

Pergunta-se qual é o retrato da sociedade que se almeja, se se deseja uma sociedade onde seus cidadãos são criadores e destinatários das normas jurídicas, participantes efetivos da construção do aparato jurídico a que estão submetidos e não apenas espectadores de um ordenamento jurídico delineado pelo Judiciário.

Em virtude dessas indagações, no primeiro capítulo, será realizado exame da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo, por meio de pesquisa de julgados que o utilizam como fundamento, destacando o objetivo de verificação de possível substituição da escolha política tomada pelo Parlamento, bem como se sua utilização pode redundar em julgamentos díspares apesar dos Ministros, em seus votos, utilizarem a mesma técnica.

No segundo capítulo, será realizada uma análise teórica do que significa o princípio da proporcionalidade, quais suas características e objetivos. Será estudada também a técnica de proporcionalidade tal como desenhada por Alexy,<sup>2</sup> com análise da tríade que lhe dá estrutura, composta da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Pretende-se verificar se o uso de um método interpretativo proporciona consequente racionalidade, ou, ao contrário, se as decisões judiciais resultantes do uso desse método são desprovidas de justificação consistente, podendo servir como instrumento retórico de fundamentação.

---

2 Cf. ALEXY, 2008.

Posteriormente, no terceiro capítulo, será investigado o contexto histórico em que se acentua o uso do princípio da proporcionalidade, se há incentivo ao fortalecimento do Judiciário no sentido de uma atuação mais ativista, bem como se há uma relação condicional entre a tendência ao ativismo e o possível uso retórico do princípio da proporcionalidade.

Ao final dessa análise, pretende-se chegar a uma percepção acerca do papel desempenhado atualmente pelo Supremo, se tende ao ativismo, se é um ator político e se tais constatações podem conduzir a uma defesa de uma postura intervencionista ou se se faz necessário um resgate da dignidade da legislação. Em outras palavras, a presente dissertação intenta perquirir se tais questionamentos podem obstar a conclusão de que o Supremo deve ser o prolator da última palavra institucional. A proposta é refletir sobre o que é o mais condizente com o arranjo democrático desenhado em nossa Constituição e sobre os riscos da primazia de um Poder sobre outro em prejuízo da tensão paradoxal e produtiva entre democracia e constitucionalismo.

## 1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO

### 1.1 Análise de precedentes do Supremo que utilizam o princípio da proporcionalidade

A motivação que impulsionou a escolha do presente tema de dissertação é exatamente o fato do princípio da proporcionalidade ser um dos argumentos jurídicos mais utilizados pelo Supremo Tribunal Federal ao proferir suas decisões, o que leva ao interesse pela averiguação de sua utilização prática e das supostas consequentes coerência e correção à fundamentação das decisões. Essa percepção é confirmada pelos resultados alcançados pela pesquisa acadêmica, intitulada "A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?: O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais", que foi realizada pelo Instituto de Ciência Política e a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e coordenada pelos Professores Doutores Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo.<sup>3</sup>

Diante da constatação da imensa quantidade de julgados que utilizam o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade em sua fundamentação,<sup>4</sup> foi

---

3 A pesquisa teve por objetivo discutir se o sistema concentrado de controle de constitucionalidade tem efetivamente defendido o interesse dos indivíduos, isto é, se tem contribuído com a proteção dos direitos e garantias fundamentais, ou, ao contrário, tem defendido interesses institucionais específicos, tal como corporações. A pesquisa estabeleceu esse objetivo, especialmente, diante das transformações em curso no constitucionalismo brasileiro, que têm favorecido o sistema concentrado em detrimento do difuso. Para tanto, foi realizada uma análise pormenorizada de todas as decisões proferidas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), julgadas pelo Supremo Tribunal Federal de 1988 a 2012, o que englobou um montante de aproximadamente 4.727 (quatro mil, setecentos e vinte e sete) ações. As ADIs correspondem aproximadamente a 94% dos processos ajuizados dentro do controle concentrado de constitucionalidade (COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade?** - O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais (Who is Interested in the Centralized System of Judicial Review? - The Mismatch between Theory and Practice in the Protection of Basic Rights) (April 1, 2014)).

4 Resultados da pesquisa que demonstram o uso recorrente do princípio da proporcionalidade como um dos principais fundamentos das decisões do Supremo em ADIs: Esta pesquisa revela que há uma concentração especial em duas temáticas nos julgamentos das ADINS pelo Supremo, cada

necessária a delimitação de alguns limites objetivos para a pesquisa de casos a fim de viabilizar a análise crítica da aplicação do princípio. A pesquisa foi realizada via sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal por meio de preenchimento do espaço de busca, na parte concernente à pesquisa de jurisprudência, com os verbetes “proporcionalidade” e “Robert Alexy”.<sup>5</sup> Justifica-se a escolha desses termos, tendo em vista o foco do presente trabalho na análise crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade, tal como desenhado por Robert Alexy,<sup>6</sup> exatamente por ser um dos métodos mais utilizados no Supremo ao prolatar suas decisões.

Após a pesquisa, realizada em janeiro de 2015, chegou-se ao número de 21 (vinte e um) processos judiciais, dentre ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), ações de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs), recursos extraordinários (RE) e habeas corpus (HC). Com o objetivo de proceder a um corte metodológico, foram analisados os processos judiciais com julgamentos nos últimos 10 (dez) anos, proferidos apenas em ADIs. Optou-se pela limitação à categoria ADI por configurar a principal ação constitucional adotada no sistema de constitucionalidade abstrato pátrio.

Chegou-se ao número, após essa filtragem, de 06 (seis) ADIs. Dessas ADIs, apenas duas dizem respeito a questionamentos de direitos fundamentais, as demais se referem à impugnação à criação e aos desmembramentos de Municípios nos Estados do Pará, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul e Bahia, por alegada violação ao art. 18, §4º, da CF/88. Por sua importância social e pela repercussão que propiciaram, analisarei os dois casos de ADIs que tratam de direitos fundamentais, quais sejam, ADI nº 3.112, por meio da qual foram questionados dispositivos legais da Lei nº 10.826/2003, conhecida como o Estatuto do desarmamento, e ADI nº 3.510, por meio da qual foram impugnados dispositivos legais da Lei nº 11.105/2005, a chamada lei da biossegurança. Com relação às demais ADIs, em razão de sua similitude, já que todas tratam de divisão territorial, analisarei tão somente uma

---

uma com cerca de ¼ das decisões: direitos de igualdade/proporcionalidade, que apontam para a falta de razoabilidade de certas estipulações legislativas, e garantias relativas ao processo judicial (COSTA; BENVINDO, 2014, p. 66).

5 Cf. ALEXY, 2008.

6 *Ibid.*

delas, qual seja, a ADI nº 2.240, que diz respeito à criação do Município de Luís Eduardo Magalhães no Estado da Bahia, cuja lei estadual instituidora foi objeto de impugnação por suposta violação ao art. 18, § 4º, da Constituição. Passa-se, neste momento, à análise dos casos mencionados e à aplicação do princípio da proporcionalidade correspondente.

### **1.2 Caso 1 – Estatuto do desarmamento: Análise da suficiência de discussão e fundamentação para a declaração de inconstitucionalidade**

O primeiro caso que será analisado trata do Estatuto de desarmamento, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas (SINARM) e definição de crimes, e que foi submetido à análise abstrata de sua constitucionalidade por meio da ADI nº 3.112, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB).<sup>7</sup>

O tema do desarmamento é extremamente sensível para a sociedade e desperta opiniões divergentes e discussões acaloradas e, por essa razão, a amplitude da atuação do Judiciário merece ser objeto de reflexão, isto é, questiona-se se há limites à extensão da decisão do Supremo, já que, por meio de seus 11 (onze) Ministros com sua intrínseca dificuldade contramajoritária, há o risco de a análise jurídica ultrapassar o âmbito da constitucionalidade e significar eventual substituição da decisão tomada pelo Parlamento, legítimo representante do povo, em tema tão polêmico.

Uma das principais discussões que foi levada ao Supremo diz respeito à possibilidade dos crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e de disparo de arma de fogo serem afiançáveis, já que o Estatuto estabeleceu a inafiançabilidade e foi alegada a inconstitucionalidade em decorrência de suposta

---

<sup>7</sup> Ao todo, foram analisadas em conjunto 10 (dez) ADIs ajuizadas contra o Estatuto do Desarmamento por partidos políticos, associações de delegados e uma confederação de vigilantes.

ofensa aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.<sup>8</sup> O outro tema relevante refere-se à constitucionalidade ou não da proibição de concessão de liberdade provisória aos crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16), de comércio ilegal de arma de fogo (art. 17) e de tráfico internacional de arma de fogo (art. 18), também por suposta violação aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.<sup>9</sup>

Vê-se que a proibição de concessão de liberdade provisória e de fiança em crimes previstos no Estatuto do desarmamento, tais como posse ilegal, comércio ilegal, tráfico internacional e disparo de arma de fogo, constitui um dos pilares da normatização, pois caracteriza importante instrumento para inibir o uso das armas e, de consequência, melhorar a segurança pública, segundo a visão da política criminal escolhida pelo Parlamento. Tais proibições significam grandes propulsores do desarmamento objetivado, pois elas conferem maior gravidade ao cometimento dos crimes ao estabelecerem consequências mais restritivas. Essa estratégia da política criminal não pode deixar de ser levada em conta na prolação da decisão judicial a respeito da verificação da constitucionalidade das proibições comentadas.

Ao final, a ADI foi julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, ou seja, a inafiançabilidade para os crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e de disparo de arma de fogo e a proibição de liberdade provisória para os crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, de comércio ilegal e de tráfico internacional de arma de fogo,

---

8 Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido: Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.

Disparo de arma de fogo: Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável (BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.826/2003.** 2003a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm). Acesso em 25 abr. 2015).

9 “Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória” (BRASIL, 2003a).

foram extirpadas do Estatuto e, vale ressaltar, que o princípio da proporcionalidade foi um dos principais argumentos utilizados para fundamentar tal resultado decisório.

Com relação à vedação da fiança para o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e crime de disparo de arma de fogo, o Relator, de acordo com o entendimento esposado pelo Ministério Público Federal, que foi seguido pela maioria dos Ministros, entendeu que a vedação é desarrazoada, o que impõe a pecha de inconstitucionalidade. Apesar de reconhecer que os crimes de porte ilegal e de disparo de arma de fogo reduzem o nível de segurança coletiva, entendeu, de forma contraditória, que não possui razoabilidade a proibição de fiança, o que significará consequências menos graves para o cometimento de tais crimes.<sup>10</sup>

Em sua opinião, esses crimes não se equiparam aos crimes de terrorismo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou crimes hediondos e, por essa razão, são afiançáveis diante do disposto no inciso XLIII, do art. 5º da Constituição,<sup>11</sup> que veda a afiançabilidade nessas hipóteses.<sup>12</sup> Tal conclusão traz questionamento instigante sobre a configuração do citado dispositivo constitucional como exaustivo ou exemplificativo, já que, como apontado pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Ayres Britto,<sup>13</sup> apesar de não ter sido enfrentado e discutido tal ponto pelos demais Ministros, a instituição de inafiançabilidade não afronta a presunção de inocência e a lei pode tornar inafiançável um crime, como já o fez o Código de Processo Penal por meio do art. 323, não sendo o rol do inciso XLIII exaustivo, uma vez que, se assim não se entender, diversos dispositivos legais do Código de

---

10 O Relator acompanhou o entendimento do Ministério Público Federal, reconhecendo a ausência de razoabilidade. E o Ministério Público Federal adotou como fundamento o princípio da razoabilidade, com fulcro no art. 5º, LIV, da CF/88 e não o princípio da proporcionalidade, tal como desenhado pela teoria de Alexy, que foi utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes, como será demonstrado em breve (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 3.112/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 02.05.2007. 2007b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2194197>. Acesso em 25 abr. 2015).

11 XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (BRASIL. Senado Federal. **Constituição Federal de 1988**. 1988. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/CON1988\\_07.05.2015/ind.asp](http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/CON1988_07.05.2015/ind.asp). Acesso em 07 maio. 2015).

12 Cf. BRASIL, 2007b.

13 *Ibid.*

Processo Penal que vedam a fiança, diuturnamente aplicados, seriam inconstitucionais.

Ao entender que há violação à presunção de inocência, o Relator desconsiderou o teor do inciso do art. 5º, LXVI, da CF/88,<sup>14</sup> que permite que o legislador estabeleça hipóteses de inafiançabilidade, dando-lhe, portanto, status de princípio absoluto. O legislador, no presente caso, criou hipóteses de inafiançabilidade por considerar alguns crimes mais graves e com o objetivo de desestimular o armamento da sociedade. Não houve debate sobre os questionamentos levantados, que exigiriam uma discussão profunda, e a maioria dos Ministros aceitou a conclusão de que as previsões são desprovidas de razoabilidade.<sup>15</sup>

No que concerne à alegada inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória aos crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, de comércio ilegal e de tráfico internacional de arma de fogo, não obstante a conclusão do Ministério Público Federal de que a vedação à liberdade provisória não afronta o princípio da não culpabilidade, o Relator entendeu que o texto constitucional não autoriza a prisão *ex lege*, em face do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LXII da CF) e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, da CF), apesar de ter reconhecido que a interdição à liberdade provisória foi estabelecida para crimes de suma gravidade, com elevado potencial de risco para a sociedade. Argumentou, também, que a prisão obrigatória fere os princípios do contraditório e da ampla defesa.<sup>16</sup>

---

14 “LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (BRASIL, 1988).

15 Impende apontar que o Ministro Marco Aurélio entendeu que não é proporcional a vedação de fiança para o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido em razão de sua pouca gravidade, o que não ocorreria com o crime de disparo de arma de fogo, sendo, em sua opinião, constitucional a inafiançabilidade no que concerne ao último crime citado. Já o Ministro Gilmar Mendes entendeu pela constitucionalidade com relação aos parágrafos únicos dos arts. 14 e 15, uma vez que na prática, diante da previsão inserta no art. 310 do Código de Processo Penal, pode ser concedida a liberdade provisória sem fiança se não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva (BRASIL, 2007b).

16 Cf. BRASIL, 2007b.

Com relação a esta parte do julgamento, não foi nem levantado questionamento acerca do teor o inciso LXVI, do art. 5º, CF/88, que poderia subsidiar fundamentação no sentido de que o legislador tem espaço de conformação para prever hipóteses de vedação de concessão de liberdade provisória, tal como observado com relação à vedação de inafiançabilidade dos crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e de disparo de arma de fogo. Apenas, considerou-se que é irrazoável ou desproporcional a vedação da liberdade provisória sem enfrentamento da possibilidade legislativa de criação de hipóteses de proibição de liberdade provisória.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes utiliza a teoria difundida por Alexy,<sup>17</sup> perpetrando análise do caso por meio da técnica de ponderação, argumentando que não se pode prescindir de uma reflexão analítica sobre o controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, bem como sobre o papel a ser cumprido pelo Tribunal nessa área, a atuação do legislador na definição da política criminal, suas margens de atuação legislativa e, por fim, sobre as normas constitucionais (mandatos de criminalização e princípio da proporcionalidade) que, segundo ele, configuram o parâmetro da constitucionalidade.

Apesar de realçar que o legislador possui margens de ação para decidir quais medidas devem ser tomadas para a proteção penal dos direitos fundamentais, assevera que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.<sup>18</sup> Mas, diante de tal conclusão, pode surgir a pergunta a respeito do que significa exatamente a atividade legislativa ser limitada por este princípio, qual o intuito dessa assertiva e qual o papel do Judiciário diante de tal afirmação. Da conclusão do Ministro pela inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória, pode se inferir que o objetivo é propiciar que o Judiciário dê a última palavra legislativa com supedâneo no princípio da proporcionalidade. Em face de tais conclusões, pode emergir o questionamento a respeito da possibilidade do princípio

---

17 Cf. ALEXY, 2008.

18 Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes: A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade (BRASIL, 2007b, p. 464).

da proporcionalidade ser utilizado como argumento retórico de justificativa da substituição da decisão do Parlamento pela decisão do Judiciário. O seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes explicita seu raciocínio de que o princípio da proporcionalidade pode viabilizar o controle da atividade legislativa, podendo levar à substituição da decisão política do Parlamento:

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção suficiente. A ideia é de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade. A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes): a proibição de excesso (Übermassverbot) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot), como limite mínimo de intervenção legislativa penal. Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal. Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária para a avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.<sup>19</sup>

Após a leitura dessas afirmações, uma inquietante pergunta ecoa a respeito deste tema: O que significa exatamente a atividade legislativa ser guiada pelo princípio da proporcionalidade? Quem impõe esse limite de atuação ao Parlamento? Pelo raciocínio apresentado, pode se chegar à conclusão de que a última palavra institucional é do Supremo. A explanação expendida pelo Ministro Gilmar Mendes com relação ao modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, que é baseado em níveis de intensidade, consoante diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã, pode trazer balizas que fundamentam a assertiva de que o Supremo pode substituir a decisão do Parlamento.

---

19 BRASIL, 2007b, p. 466.

Segundo sua decisão, os níveis de intensidade de controle são: controle de evidência, controle de sustentabilidade ou justificabilidade e controle material de intensidade.<sup>20</sup> O controle de evidência significa que o Tribunal deve observar a margem de avaliação do legislador e que a declaração de inconstitucionalidade deve se basear na patente inidoneidade das medidas escolhidas pelo Parlamento. Já o controle de sustentabilidade ou justificabilidade significa que deve ser observado se o legislador levantou e considerou todas as informações disponíveis para elaboração da norma, bem como se foram realizados prognósticos acerca de suas consequências. Por fim, no âmbito do controle material de intensidade, anuncia que a análise do Tribunal é mais rígida podendo adentrar na ponderação de valores e bens efetuada pelo legislador, caso o Tribunal entenda que bens jurídicos de extrema importância foram afetados. Portanto, vê-se que o caminho trilhado em sua fundamentação culmina na possibilidade de que o Supremo possa substituir a ponderação de valores realizada pelo Parlamento na definição das regras legais.<sup>21</sup>

Por conseguinte, segundo esse raciocínio, o Tribunal tem a liberdade para desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador, podendo discordar da medida penal se entender que não mantém uma relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas à promoção da segurança e da incolumidade públicas, enfim, da paz social.<sup>22</sup>

---

20 BRASIL, 2007b, p. 468-477.

21 Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes: No terceiro nível, o controle material intensivo (intensivierten inhaltlichen Kontrolle) se aplica às intervenções legislativas que, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a vida e a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal, com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, quando esteja evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância. [...] Nesse terceiro nível, portanto, o Tribunal examina se a medida legislativa interventiva em dado bem jurídico é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. O controle é mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação de bens e valores realizada pelo legislador. Assim, no exercício do controle material intensivo, o Tribunal verifica se a medida penal – que prima facie constitui uma intervenção em direitos fundamentais – mantém uma relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas, ao fim e ao cabo, à promoção da segurança e da incolumidade públicas, enfim, da paz social (BRASIL, 2007b. p. 475-477).

22 Cito trecho explicativo do entendimento do Ministro Gilmar Mendes: A tarefa do Tribunal Constitucional é, portanto, a de fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, a seguinte

Questiona-se, portanto, se não é de competência exclusiva do Parlamento a definição da política criminal que objetiva promover paz social, se é o Judiciário o espaço legítimo e adequado para concluir se a paz social é promovida por meio da liberdade provisória e da concessão de fiança dos crimes citados, referentes ao desarmamento dos cidadãos.

Inobstante o posicionamento contrário do Ministro Eros Grau, que ressaltou que o Supremo se excede quando decide de acordo com a proporcionalidade e a razoabilidade e não conforme a Constituição,<sup>23</sup> como também do Ministro Sepúlveda Pertence, que destacou que possui entendimento restritivo a essa “verdadeira febre” de transformar o Supremo numa verdadeira corte de apelação do juízo de razoabilidade do Congresso Nacional,<sup>24</sup> cabe anotar que o princípio constitucional da presunção da inocência, especialmente, entrou em disputa por prioridade com a política criminal estabelecida pelo legislador, a qual teve, em última *ratio*, por objetivo a proteção do direito à vida, tendo ocorrido, ao final, uma competição entre valores.

Convém questionar também qual foi a participação dos cidadãos com relação à construção desse novo regramento no âmbito do Supremo, se foi suficiente para discutir questão tão cara para a convivência harmônica em sociedade, porquanto foi instituída Comissão Especial Mista no âmbito do Poder Legislativo, com composição plural, com objetivo de tratar dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que cuidavam do tema em debate, embora suas conclusões não tenham sido realmente levadas em consideração no julgamento.<sup>25</sup>

---

máxima: quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional (BRASIL, 2007b, p. 468).

23 Segue comentário do Ministro Eros Grau: Senhora Presidente, acompanho o Relator, mas quero deixar marcado e registrado – a Professora Emília Viotti tem escrito sobre a nossa Corte e, certamente, alguém também no futuro escreverá – quero dizer que fico perplexo com o fato de nós (com o máximo respeito que dedico aos meus Colegas) não estarmos mais decidindo segundo a Constituição. Começamos a decidir conforme a razoabilidade e a proporcionalidade. Deixo bem claro que não tenho nada a ver com isso. Aqui tomo decisões segundo a Constituição (BRASIL, 2007b, p. 525).

24 O Ministro Sepúlveda Pertence fez esse comentário ao não concordar com a declaração de inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos arts. 14 e 15 do Estatuto (BRASIL, 2007b, p. 520-521).

25 Não obstante admitir a intervenção na tomada de decisão do Legislativo, contraditoriamente, o Ministro Gilmar Mendes reconhece a formação plural do Estatuto, nestes termos: As informações

Ao não aprofundar a discussão com relação à previsão na Constituição de liberdade de conformação do legislador sobre inafiançabilidade e liberdade provisória, mas tão somente entender irrazoável ou desproporcional a medida legislativa, questiona-se se tal postura pode significar que o Supremo esteja substituindo a tomada de decisão do Legislativo a respeito do caso, o que traz indagações sobre a utilização acertada da técnica da proporcionalidade ou do seu uso retórico.

### **1.3 Caso 2 – Pesquisas científicas com células-tronco: Utilização do princípio da proporcionalidade com resultados díspares e criação de normas jurídicas**

O outro caso selecionado para análise diz respeito à impugnação da constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005, a conhecida “Lei da Biossegurança”, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, que foi objeto de julgamento por meio da ADI nº 3.510, tendo o princípio da proporcionalidade configurado o principal norteador das discussões travadas em juízo.

O art. 5º, da Lei da Biossegurança, trata da utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, isto é, não tendo sido implantados no útero materno, cuja destinação seria o descarte. Os embriões a que se refere o dispositivo legal impugnado são apenas aqueles tidos pela lei como

---

prestadas pelo Congresso Nacional, nos autos desta ação direta (fls. 329-362), demonstram que a confecção legislativa desse Estatuto baseou-se em dados estatísticos rigorosos, pesquisas tanto científicas como de opinião, assim como em avaliações criteriosas a respeito das medidas adequadas e necessárias para a consecução dos objetivos almejados. Em outros termos, tudo indica que o legislador, ao realizar os diagnósticos e prognósticos necessários para a avaliação e valoração das medidas destinadas ao fim de controle das armas de fogo no território nacional, utilizou-se de todos os conhecimentos disponíveis no momento do processo legislativo. E esse fato não pode ser olvidado pelo Tribunal (BRASIL, 2007b, p. 484).

inviáveis ou congelados há 03 (três) anos ou mais, na data da publicação da Lei, ou que, já congelados na data da publicação da lei em foco, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. Segue a transcrição do artigo legal, objeto de análise de inconstitucionalidade:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Mostra-se cristalina a importância e sensibilidade do tema nos âmbitos social, religioso, ético, filosófico e científico, porquanto tratar deste tema, pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, desperta opiniões apaixonadas e dúvidas acerca das incertezas e riscos da ciência neste campo. Esta inovação científica lida com a esperança de milhares de pessoas na obtenção de melhores condições de saúde, como também com o temor da seleção genética, da clonagem e do mercado ilegal de embriões, questões discutidas na seara da bioética.

O Ministério Público Federal alegou que a vida humana acontece na fecundação e, conseqüentemente, o embrião em seus primeiros momentos já seria vida humana, cujo uso para pesquisa e terapia configuraria agressão ao direito à vida. Arremeta sua argumentação com o raciocínio de que, ao permitir o uso dos

embriões inviáveis ou congelados, a norma jurídica impugnada ofenderia o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF/88) e a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, CF/88).<sup>26</sup>

O princípio da proporcionalidade foi utilizado como fundamento de decisão por diversos Ministros. A Ministra Ellen Gracie não fez menção à proporcionalidade, mas julgou a norma jurídica questionada como constitucional por entendê-la dotada de razoabilidade.<sup>27</sup> Já o Ministro Marco Aurélio acentuou que só se houver falta de proporcionalidade, em situações extremas, é que poderia adentrar no âmbito do subjetivismo e exercer a glosa, o que não verificou no caso em tela, até porque, conforme ilustrou, houve alto índice de aprovação da lei no congresso, o que demonstra sua razoabilidade, não justificando anulação.<sup>28</sup>

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello destaca que o conflito principiológico, existente no caso em análise, diz respeito ao antagonismo entre a inviolabilidade do direito à vida, a plenitude da liberdade de pesquisa científica (cujo desenvolvimento propicie a cura e a recuperação de pessoas afetadas por patologias graves e irreversíveis) e o respeito à dignidade da pessoa humana. E desvela que este antagonismo deve ser resolvido por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, que leva à prevalência das pesquisas científicas com células-tronco, segundo a ponderação de interesses que realizou, reconhecendo, dessa forma, a total constitucionalidade da lei impugnada.<sup>29</sup>

Por seu turno, Ministro Gilmar Mendes também utilizou o princípio da proporcionalidade em seu voto, mas, ao contrário do Ministro Celso de Melo, não

---

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 3.510/DF**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 29.05.2008. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 25 abr. 2015.

27 Manifestação da Ministra Helen Gracie: Assim, por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte. (BRASIL, 2008, p. 219).

28 Segue trecho do voto do Ministro Marco Aurélio: Somente em situações extremas, nas quais surge, ao primeiro exame, a falta de proporcionalidade, pode-se adentrar o âmbito do subjetivismo e exercer a glosa. No caso, a lei foi aprovada mediante placar acachapante - 96% dos Senadores e 85% dos Deputados votaram a favor, o que sinaliza a razoabilidade (BRASIL, 2008, p. 541).

29 BRASIL, 2008, p. 585-587.

chegou à conclusão de plena constitucionalidade do dispositivo legal em comento, tendo em vista que considerou que houve vulneração do princípio da proporcionalidade, na modalidade de proibição de proteção insuficiente, ao deixar a lei de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco. Apesar de julgar improcedente a demanda, condicionou a constitucionalidade do dispositivo legal à prévia autorização e aprovação por Comitê central de ética e pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde, com relação à pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*. Consuma sua fundamentação com a assertiva de que a interpretação que propôs com conteúdo aditivo atende ao princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente.<sup>30</sup>

Por conseguinte, o Ministro Gilmar Mendes propõe uma interpretação à lei que culmina numa nova normatização a respeito do tema, diante de sua conclusão de que a legislação brasileira sequer prevê qualquer norma para regular as atividades desenvolvidas pelas clínicas de fertilização *in vitro*. Amparado na prática da Corte Constitucional italiana, ele propõe uma decisão manipulativa de efeitos aditivos por entender que a declaração de inconstitucionalidade total seria simplista.<sup>31</sup>

Vê-se, dessa forma, que tanto o Ministro Celso de Mello quanto o Ministro Gilmar Mendes fundamentam suas decisões com supedâneo no princípio da proporcionalidade, no entanto, atingem resultados opostos, constatação essa que

---

30 (BRASIL, 2008, p. 629-630). Apesar de apontar falta de proporcionalidade da lei em virtude da existência de outros meios científicos alternativos, o Ministro Gilmar Mendes não declara a inconstitucionalidade neste sentido. Veja-se sua análise: Além disso, é importante observar que a legislação no direito comparado, sem exceção, estabelece, de forma expressa, uma cláusula de subsidiariedade, no sentido de permitir as pesquisas com embriões humanos apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrarem adequados para os mesmos fins. A lei brasileira deveria conter dispositivo explícito nesse sentido, como forma de um tratamento responsável sobre o tema. Os avanços da biotecnologia já indicam a possibilidade de que células-tronco totipotentes sejam originadas de células do tecido epitelial e do cordão umbilical. As pesquisas com células-tronco adultas têm demonstrado grandes avanços. O desenvolvimento desses meios alternativos pode tornar desnecessária a utilização de embriões humanos e, portanto, afastar, pelo menos em parte, o debate sobre as questões éticas e morais que envolvem tais pesquisas. Assim, a existência de outros métodos científicos igualmente adequados e menos gravosos torna a utilização de embriões humanos em pesquisas uma alternativa científica contrária ao princípio da proporcionalidade. O art. 5º da Lei nº 11.105/2005 é, portanto, deficiente, em diversos aspectos, na regulamentação do tema das pesquisas com células-tronco (BRASIL, 2008, p. 622).

31 BRASIL, 2008, p. 624-626.

desperta dúvidas acerca da utilidade prática da utilização da técnica da proporcionalidade, já que não propiciou, nesse caso concreto, resultados coerentes.

Já o Ministro Cezar Peluso, inobstante asseverar que não há conflito de normas que justifique o uso do princípio da proporcionalidade, também trouxe aditivos à norma impugnada, seguindo mesmo caminho trilhado pelo Ministro Gilmar Mendes. Com apoio na técnica da interpretação conforme, julgou constitucional o artigo guerreado, com diversas ressalvas, como exemplos: a consideração, para fins de responsabilidade penal, dos membros dos comitês de ética (CEPs) e da Comissão nacional de ética em pesquisa (CONEP/MS) como servidores públicos *lato sensu*, para fins de submissão ao tipo penal inserto no art. 319 do Código Penal (crime de prevaricação),<sup>32</sup> por omissão imprópria, quando, dolosamente, deixarem de agir de acordo com tais deveres que lhes são impostos; e a submissão, para fins de controle e fiscalização estatal, das atividades de pesquisa ao crivo reforçado do Ministério da Saúde, do Conselho Nacional de Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na forma que venha a ser regulamentada, em prazo que delibere a Corte.<sup>33</sup>

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito<sup>34</sup> julgou procedente, em parte, a ADIN, sem redução de texto, conforme extenso elenco de ressalvas para a liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias no país. Sobre seu voto, destaco a determinação de que as instituições de pesquisa e serviços de saúde, que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas, deverão submeter previamente seus projetos também à aprovação do Ministério da Saúde, bem como a conclusão de que os responsáveis pela autorização e pela fiscalização também se submetem ao crime do art. 24 da lei, inobstante não existir tal previsão na lei.<sup>35</sup>

---

32 “Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal” (BRASIL. Presidência da República. **Código Penal**. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 25 abr. 2015).

33 BRASIL, 2008, p. 519-524.

34 *Ibid.*, p. 304-305.

35 O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito recebeu críticas dos outros Ministros no que concerne à sua proposta de criação de crime ao prescrever que os responsáveis pela autorização e pela fiscalização também deveriam ser submetidos ao crime do art. 24 da lei em foco, inobstante a

Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski também julgou parcialmente procedente a ADI, sem redução de texto, com estabelecimento de ressalvas.<sup>36</sup> Igualmente, incluiu a prescrição de que os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos Comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei de Biossegurança.

Já o Ministro Eros Grau entendeu constitucional o art. 5º, entretanto, incluiu aditivos à lei, com ênfase para a estipulação da obrigatoriedade de prévia autorização do Comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde para fins de realização das pesquisas com células-tronco, sendo insuficiente a autorização apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do artigo 5º,<sup>37</sup> defendendo, portanto, que a decisão aditiva pode incorporar preceito novo à legislação infraconstitucional para mantê-la em coerência com o bloco de constitucionalidade.<sup>38</sup>

---

ausência de previsão neste sentido na lei. Segue teor do crime referido: Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5o desta Lei: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Assim se pronuncia o Ministro a esse respeito: O crime previsto no art. 24 da Lei nº 11.105/05 inclui a autorização para utilização de embriões humanos em desacordo com as condições estabelecidas na lei, alcançando, na minha compreensão, os responsáveis pela autorização e pela fiscalização (BRASIL, 2008, p. 303).

36 Segue lista de ressalvas do Ministro Ricardo Lewandowski: Em face de todo o exposto, pelo meu voto, julgo procedente em parte a presente ação direta de inconstitucionalidade para, sem redução de texto, conferir a seguinte interpretação aos dispositivos abaixo discriminados, com exclusão de qualquer outra: i) art. 5º, caput : as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão recair sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilizações in vitro realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis; ii) inc. I do art. 5º: o conceito de "inviável" compreende apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas contados da fertilização dos oócitos; iii) inc. II do art. 5º: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido; iv) § 1º do art. 5º: a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias exige o consentimento "livre e informado" dos genitores, formalmente exteriorizado; v) § 2º do art. 5º: os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei 11.105, de 24 de março de 2005 (BRASIL, 2008, p. 447-448).

37 Cf. BRASIL, 2008, p. 459-460.

38 Nesta senda, argumenta o Ministro Eros Grau que: Note-se bem que a decisão aditiva acrescenta novo sentido normativo à lei, a fim de que determinado preceito legal seja depurado, adequado

Após análise dos votos dos Ministros, percebe-se que foi determinada a realização de inúmeras atividades administrativas não previstas na lei, como a obrigatória submissão da atividade ao Ministério da Saúde ou a Comitê de ética a ele vinculado, o que impõe a reflexão sobre os limites da atuação do Poder Judiciário, ou seja, até que ponto o Judiciário pode inovar no ordenamento jurídico, se seria de sua competência o estabelecimento de tais atividades no âmbito administrativo. Tais questionamentos exigem estudo e enfrentamento diante dos riscos de configuração da usurpação das atribuições do Legislativo e do Executivo.

O princípio da proporcionalidade foi utilizado para embasar fundamentações dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Melo e Marco Aurélio, de acordo com a teoria hermenêutica desenhada por Alexy,<sup>39</sup> sendo os resultados decisórios de tais votos divergentes.<sup>40</sup> Tal resultado lança sérias dúvidas acerca da correção da técnica, uma vez que não garantiu uniformidade, já que possibilitou julgamentos com conclusões díspares apesar de fundamentados na mesma técnica interpretativa.

Igualmente, o balanceamento proporcionou uma construção argumentativa que resultou na previsão, em vários votos, de criação de normas jurídicas, gerando uma pretensão de consolidação do papel do Judiciário como legislador positivo. Houve até proposta de definição de crime pelo Ministro Carlos Menezes de Direito, conforme já salientado.<sup>41</sup> De consequência, é importante refletir sobre o acerto da utilização da técnica da proporcionalidade ou se pode ocorrer uso retórico que culmine até na criação de normas jurídicas por parte do Judiciário.

---

aos padrões da constitucionalidade. [...] A decisão aditiva incorpora preceito novo à legislação infraconstitucional para, salvando-a de inconstitucionalidade, mantê-la em coerência com o bloco de constitucionalidade. Algo é acrescentado ao preceito legal, a Constituição permanecendo intocada, intocável. Ao contrário, porque a decisão aditiva como que captura o preceito legal, trazendo-o para o âmbito da constitucionalidade, a força normativa da Constituição é afirmada nessas decisões (BRASIL, 2008, p. 459).

39 ALEXY, 2008.

40 Tal utilização com propósitos diversos também foi verificada no que concerne ao princípio dignidade humana, que foi objeto de uso tanto para julgar a ação parcialmente procedente em virtude da dignidade da pessoa humana do embrião, quanto para julgá-la improcedente, em razão da dignidade da pessoa humana das pessoas com problemas de saúde, possíveis beneficiárias dos resultados das pesquisas científicas. Caracterizado, portanto, o abuso do uso dos princípios.

41 BRASIL, 2008, p. 304-305.

Diante das propostas de vários Ministros de modificação nas normas jurídicas impugnadas e de criação de novas normas, seja por meio de interpretação conforme, ou de elaboração de decisão aditiva, ou, ainda, mediante julgamento parcialmente procedente com ressalvas, um intenso debate foi travado com relação à possibilidade do Judiciário substituir a tomada de decisão do Parlamento. O Ministro Gilmar Mendes defendeu que o caráter contramajoritário do Supremo em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição com relação à resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos.<sup>42</sup>

E asseverou que compete ao Tribunal dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, destacando que importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no Parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais.<sup>43</sup> Transcrevo seu raciocínio argumentativo que leva à conclusão de que o Supremo pode sim ser uma Casa do povo, tal como o Parlamento:

Certamente, a alternativa da atitude passiva de *self restraint* - ou, em certos casos, de *greater restraint*, utilizando a expressão de Garcia de Enterría<sup>2</sup> - teriam sido mais prejudiciais ou menos benéficas para a nossa democracia. O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. [...] O debate democrático produzido no Congresso Nacional por ocasião da votação e aprovação da Lei nº 11.105/2005, especificamente de seu artigo 5º, não se encerrou naquela casa parlamentar. Renovado por provocação do Ministério Público, o debate sobre a utilização de células-tronco para fins de pesquisa científica reproduziu-se nesta Corte com intensidade ainda maior, com a nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma Jurisdição Constitucional. Não há como negar, portanto, a legitimidade democrática da decisão que aqui tomamos hoje.<sup>44</sup>

---

42 BRASIL, 2008, p. 597.

43 *Ibid.*, p. 597.

44 *Ibid.*, p. 598-600.

Da mesma forma, Ricardo Lewandowski defendeu que o Supremo assume um novo protagonismo, o que justificou a sua elaboração de condicionantes à lei, por entendê-la vaga e tecnicamente imprecisa.<sup>45</sup>

Em contraposição, a Ministra Ellen Gracie não concordou com a adição das condicionantes, até porque, em sua opinião, essa postura excede o mandato que é conferido ao Supremo.<sup>46</sup> Também, o Ministro Marco Aurélio discordou da interpretação conforme, alertando para o risco de redesenhar a norma jurídica, assumindo o Supremo o papel de legislador positivo. Acentua, ainda, que o Supremo não é órgão de aconselhamento, isto é, ou se declara a constitucionalidade ou não, sob pena de configurar uma substituição extravagante do Legislativo ou do Executivo.<sup>47</sup>

Compartilhando do mesmo pensamento, o Ministro Carlos Ayres Britto aponta que uma sentença de caráter aditivo, mesclada com interpretação conforme, dota a lei brasileira de uma exuberância regratória, realçando que a proposta de interpretação conforme pressupõe uma polissemia, uma plurissignificatividade do texto legal, que, para ele, não é o caso do artigo sob análise.<sup>48</sup> Por sua vez, o Ministro Eros Grau, não obstante ter elaborado uma decisão aditiva, afirmou que não concorda com controle de razoabilidade das leis, não cabendo tal censura ao legislador.<sup>49</sup>

---

45 BRASIL, 2008, p. 533.

46 *Ibid.*, p. 530.

47 Ministro Marco Aurélio, ao comentar o voto do Ministro Carlos Menezes Direito, alerta que: Quanto ao voto de Sua Excelência, sempre vejo com restrições a denominada interpretação conforme à Constituição. É que há o risco de, a tal título, redesenhar-se a norma em exame, assumindo o Supremo - contrariando e não protegendo a Constituição Federal - o papel de legislador positivo. Em síntese, a interpretação conforme pressupõe texto normativo ambíguo a sugerir, portanto, mais de uma interpretação, e ditame constitucional cujo alcance se mostra incontroverso. Essas premissas não se fazem presentes. Também não cabe ao Supremo, ao julgar, fazer recomendações. Não é órgão de aconselhamento. Em processo como este, de duas, uma: ou declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, total ou parcial, do ato normativo abstrato atacado. Nestes praticamente dezoito anos de Tribunal, jamais presenciei, consideradas as diversas composições, a adoção desse critério, a conclusão de julgamento no sentido de recomendar esta ou aquela providência, seja ao Poder Legislativo, seja ao Executivo, em substituição de todo extravagante (BRASIL, 2008, p. 538-539).

48 BRASIL, 2008, p. 321.

49 *Ibid.*

Apesar dessas manifestações contrárias, percebe-se um crescimento exponencial do intuito de consolidar o Supremo como legislador positivo, sem questionamentos profundos da comunidade jurídica sobre o acerto deste caminhar. Se tantas críticas foram feitas, se tantas lacunas foram identificadas na seara do Judiciário, que redundaram numa necessidade de readequação, de interpretação conforme, questiona-se qual a razão de não ter sido declarada a inconstitucionalidade nos votos ao invés da proposição de termos aditivos, com a elaboração de quantidade tão significativa de novas normas jurídicas.

Nessa ordem de ideias, cumpre notar, pelas citações recorrentes à razoabilidade e proporcionalidade, que estes princípios sempre pautam as discussões constitucionais dos temas mais polêmicos e sensíveis à sociedade, caracterizando a tônica do discurso jurídico que vem sendo construído e consolidado ao longo dos anos no Supremo. Diante desse quadro, merece reflexão saber se a técnica de ponderação de interesses é um método que proporciona uma fundamentação consistente, bem como se garante coerência em seu resultado, e, também, se a sua aplicação pode propiciar a elaboração de legislação ou o estabelecimento de medidas administrativas pelo Supremo, substituindo a tomada de decisão do Parlamento.<sup>50</sup>

Frente à atuação do Judiciário no sentido de aumento de sua competência, não se circunscrevendo à análise estritamente jurídica, mas com estipulação de

---

50 Juliano Benvindo, ao comentar este julgado, ilustra a ausência de limites para uma atuação como legislador positivo, com propostas de criação de Comitê Central de Ética e Pesquisa, de regras e procedimentos para o Ministério da Saúde, definição de crime, etc., destacando que o balanceamento pode levar a resultados díspares. Seus ensinamentos: *If this case already seriously indicates this STF's shift to political activism, despite some manifest resistances, the ADI n. 3510 brought it to the maximum point. In this case, regarding the use of embryonic cells for research, a relevant debate took place between Justices Marco Aurélio and Gilmar Mendes that can well illustrate how far the deployment of balancing is able to sustain a political discretionary opinion. [...] This case is particularly interesting because it reveals how the deployment of balancing based on the debate on human dignity led to different results, some Justices using this argument to protect the embryo, others to safeguard the interests of the beneficiaries of the research on embryonic cells. In any case, what is particularly remarkable is that five Justices of this court, even though not declaring the unconstitutionality of the legal provision, attempted to establish either some safeguards or even some norms, as a condition for considering those legal provisions constitutional. [...] There were no more limits indeed to judicial review, for there was no more difference, both qualitatively and democratically, between its activity and that one of parliament* (BENVINDO, Juliano Zaiden. **On The Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism.** Heidelberg; New York: Springer, 2010, p. 127-129).

diversas atividades administrativas não previstas na legislação, desponta a indagação sobre a possibilidade da técnica da proporcionalidade ser utilizada de forma retórica como fundamentação de uma decisão, encobrindo sua motivação real e, por fim, se pode funcionar como instrumento viabilizador de uma atuação tendente ao ativismo judicial, à expansão de competência e de espaço de exercício de poder.

#### **1.4 Caso 3 – Criação do Município de Luís Eduardo Magalhães no Estado da Bahia: Utilização do princípio da proporcionalidade para postergação da declaração de nulidade**

Por meio da ADI nº 2.240 impugnou-se a constitucionalidade da Lei estadual nº 7.619/00, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães no Estado da Bahia, decorrente do desmembramento de dois distritos.<sup>51</sup> O Município de Luís Eduardo Magalhães foi instituído antes da promulgação da lei complementar federal prevista no § 4º do art. 18 da Constituição, que definiria o período em que Municípios poderiam ser criados, além de exigir que a criação seja realizada por lei estadual, mediante consulta prévia (plebiscito) às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal.<sup>52</sup>

Além de ter sido criado antes da lei complementar federal, apenas a população do Distrito de Luís Eduardo Magalhães manifestou-se no plebiscito realizado em 19 de março de 2000, apesar da determinação constitucional de consulta às populações de todos os Municípios envolvidos, como também os estudos de viabilidade municipal foram publicados tão somente em data posterior ao

---

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 2.240/BA**. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 09.05.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1830215>. Acesso em: 25 abr. 2015.

52 § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (BRASIL, 1988).

plebiscito, não obstante a exigência da Constituição de divulgação prévia de tais estudos.<sup>53</sup>

O Supremo julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da legislação estadual em razão da ausência de lei complementar federal que regulamentasse o período dentro no qual a lei estadual poderia ser editada para criar, incorporar, fundir e desmembrar Municípios, mas, modulou os efeitos para o futuro, não pronunciando a nulidade, pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia, até que o legislador estadual estabeleça novo regramento. Concluiu o Tribunal que o Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo, configurando situação excepcional consolidada de caráter institucional. Nessa hipótese, concluiu a maioria do Supremo que, segundo a força normativa dos fatos, cabe a consideração da existência do Município.<sup>54</sup>

A metodologia da ponderação serviu de justificação para a modulação temporal dos efeitos decisórios, foi apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes e aceita pela maioria dos Ministros para afastar a incidência do princípio da nulidade em prol do princípio da segurança jurídica. A conclusão foi no sentido de que, por meio de análise fundada no princípio da proporcionalidade, não prevalece o princípio da nulidade diante do princípio da segurança jurídica manifestado sob a forma de interesse social relevante.

O Supremo entendeu que não se afasta do ordenamento ao regular situações de exceção, tal qual a criação do Município de Luís Eduardo Magalhães, pois realiza a aplicação da norma por meio de sua desaplicação, isto é, retirando-a da exceção. Houve conclusão no sentido de que o Supremo não pode se limitar à prática de um mero exercício de subsunção no presente caso, devendo prevalecer o princípio da segurança jurídica em detrimento da declaração da nulidade, não obstante o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei estadual.<sup>55</sup>

---

53 BRASIL, 2007a.

54 *Ibid.*

55 *Ibid.*

O voto do Ministro Gilmar Mendes, que foi seguido pela maioria, preconizou que a solução para o problema não pode advir da simples decisão de improcedência da ação, devendo ser realizada a otimização do princípio da segurança jurídica e do princípio da nulidade da lei inconstitucional, tentando aplica-los, na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas que o caso concreto pode apresentar.<sup>56</sup> Transcrevo trecho da fundamentação exposta no voto do Ministro Gilmar Mendes:

Essa necessidade de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica constitui o *leimotiv* para o desenvolvimento de técnicas alternativas de decisão no controle de constitucionalidade.

O recurso a técnicas inovadoras de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a conseqüente declaração de constitucionalidade.

[...] Essa tendência, no sentido da adoção cada vez maior de técnicas diferenciadas de decisão no controle de constitucionalidade, é também resultado da conhecida relativização do vetusto dogma kelseniano do “legislador negativo”.

[...] O que importa assinalar é que, segundo a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base na ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social. Portanto, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Segue dispositivo do voto do Ministro Gilmar Mendes, que prevaleceu ao final, sendo acompanhado pela maioria dos Ministros: Assim sendo, voto no sentido de, aplicando o art. 27 da Lei nº 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro do qual poderá o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão desta Corte na ADI 3.682 (BRASIL, 2007a, p. 330).

<sup>57</sup> BRASIL, 2007a, p. 307-330.

Houve prolação de votos dissonantes do entendimento prevalecente do Ministro Gilmar Mendes, como os votos do Ministro Sepúlveda Pertence, que não concordou com o lançamento para o futuro do termo inicial da inconstitucionalidade, sob pena de violação aos direitos adquiridos,<sup>58</sup> e do Ministro Marco Aurélio, que também não concordou com a não declaração de nulidade da criação do Município, uma vez que se deu ao arrepio do que se contém na Constituição, além de significar a abertura para a criação de outros Municípios com mesmos vícios de inconstitucionalidade.<sup>59</sup> Por meio da análise do debate travado no presente caso, percebe-se que não houve discussão a respeito da observação do Ministro Sepúlveda Pertence no sentido de preservação dos direitos adquiridos, bem como não houve debate sobre o argumento do Ministro Marco Aurélio acerca do risco de estímulo à criação inconstitucional de Municípios no país.

Pergunta-se, portanto, se é o princípio da proporcionalidade que deve pautar a discussão do afastamento da nulidade incontestável, isto é, se é tal princípio que deve superar a inconstitucionalidade da lei estadual. Questiona-se se o debate travado entre os Ministros realmente foi suficiente e consistente para a realização da modulação de efeitos com reconhecimento da inconstitucionalidade sem a consequente declaração de nulidade.

As justificativas que embasaram a elaboração da Emenda à Constituição nº 15/1996, que alterou o § 4º do art. 18, não foram consideradas e exploradas, tais como o objetivo de coibir a criação desenfreada de Municípios com fins eminentemente eleitoreiros, sem possuírem as condições indispensáveis ao autossustento, o que leva à sua subsistência tão somente por meio de fundos de

---

58 Trago parte do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, onde destaca sua conclusão principal: Ora, atos jurídicos são aperfeiçoados e direitos são adquiridos pela não-incidência de uma lei inconstitucional. Então, onde houver direitos adquiridos, realmente não acompanho a possibilidade de o Tribunal lançar para o futuro o termo inicial da inconstitucionalidade de uma lei (BRASIL, 2007a, p. 332).

59 Segue trecho do voto do Ministro Marco Aurélio que demonstra seu posicionamento no presente caso: Não posso, a um só tempo, ter presentes os pronunciamentos anteriores do Supremo, nessa mesma assentada, a proclamação de que está em pleno vigor, porque válida sob o ângulo constitucional, a Emenda nº 15, e a premissa do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, e, sem declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, assentar – não sei qual seria a espécie de modulação – certa eficácia (BRASIL, 2007a, p. 339).

participação e repasses da União e dos Estados.<sup>60</sup> Isto é, uma das principais razões embasadoras da propositura da Emenda à Constituição nº 15/96, qual seja, o alto índice de criação de Municípios sem reunião de requisitos necessários para sua caracterização, passou despercebida no debate realizado no âmbito do Supremo.

Além disso, outro argumento que permeou a discussão na tramitação da proposta da Emenda em comento foi a assertiva de que compete à União aceitar ou não um novo ente federativo e não ao Estado, isto é, é de interesse da União a definição das condições nas quais é conveniente que um novo Município seja criado. Tal questão não foi levantada e discutida pelo Supremo.<sup>61</sup> A utilização do princípio da proporcionalidade, dessa forma, não significou uma análise ampla de todas essas nuances, cuja ausência pode levar à conclusão de que restou prejudicada a consistência do julgamento.

Nessa senda, questiona-se se essa técnica interpretativa poderia culminar na não declaração da nulidade, apesar de reconhecida a inconstitucionalidade, por tempo limitado, sem análise de diversas questões correlatas e importantes para exata compreensão da norma constitucional, do porquê de sua instituição e de sua relevância.

---

60 No parecer do Relator da Comissão especial, destinada a proferir parecer à proposta de Emenda à Constituição nº 41-A de 1991, que resultou na Emenda à Constituição nº 15/96, foi apresentado tal argumento nos seguintes termos: Não se retira a importância do freio a que nos referimos, porque se vê a emancipação de comunidades que não dispõem de menores condições de auto-sustento. Inúmeros são os Municípios brasileiros que sobrevivem exclusivamente do Fundo de Participação e de repasses da União e dos Estados. O aumento do número de Comunas só faz diminuir a fatia que a cada um toca, pois se é maior o número de convivas, é o mesmo o tamanho do bolo, se nos permitem os termos. (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer do Relator da Comissão especial, destinada a proferir parecer à proposta de Emenda à Constituição nº 41-A de 1991.** 1991. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1243004&filename=Dossie+-PEC+41/1991](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1243004&filename=Dossie+-PEC+41/1991). Acesso em 22 jul.2015).

61 Esse argumento de que cabe à União dispor sobre a criação de um novo ente federativo consta no parecer do Relator da Comissão especial, destinada a proferir parecer à proposta de Emenda à Constituição nº 41-A de 1991, que resultou na Emenda à Constituição nº 15/96, como se observa no seguinte trecho: Ocorre que o que escapou à perspicácia do Constituinte é que o que se discute, de fato, não é a divisão territorial, mas a aceitação, pela Federação, de um novo ente, um novo membro. Ninguém, se não a própria Federação pode dispor sobre a criação e a integração a si de um novo membro, como serão os Municípios em criação. Entendemos a proposta de emenda em exame não só como mera propositura política visando um freio na – realmente – desmedida criação de Municípios, mas como aperfeiçoadora da Constituição Federal no que tange à cláusula pétrea da forma federativa de Estado (BRASIL, 1991).

## 2 ANÁLISE TEÓRICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

### 2.1 Natureza jurídica dos princípios

Primeiramente, antes de adentrar na análise do princípio da proporcionalidade propriamente dito, é necessário realizar uma pesquisa acerca do entendimento doutrinário a respeito da natureza jurídica dos princípios. Obviamente, por se tratar de um dos temas mais importantes da hermenêutica jurídica e por suscitar diversos debates filosóficos e jurídicos, não se tem a pretensão aqui de trazer à baila todas as discussões existentes a respeito da natureza jurídica do princípio, optando-se pela análise da forma mais usual encontrada pelos doutrinadores para trazer os seus contornos que é o estudo das características que o distingam da regra. Nesse sentido, serão explicitadas opiniões de importantes juristas que se dedicaram a tentar delimitar o campo de atuação dos princípios e das regras.

Primeiramente, Guastini faz importante observação no sentido de que não é fácil nem clara a realização de classificação que traga as propriedades peculiares aos princípios, distinguindo-os de outras espécies normativas. Para ele, princípios são normas jurídicas prescritivas, orientadoras de comportamentos, mas cujos traços característicos não são facilmente delineados com precisão. Ele destaca que a expressão princípios apresenta um significado fugaz e, frequentemente, lhe são atribuídos conceitos distintos. Como destaca, o conceito de princípio é controverso na literatura e é possível que a única concordância entre os autores diga respeito à indeterminação dos princípios.<sup>62</sup>

Para ele, o uso do vocábulo princípio tem um evidente componente axiológico, exprimindo os valores ético-políticos que caracterizam a fisionomia do sistema jurídico e, nesse sentido, está supraordenado em relação às normas

---

62 GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. Editora Quartier Latin do Brasil: São Paulo, 2005, p. 186.

remanescentes.<sup>63</sup> Por sua vez, as regras distinguem-se dos princípios por possuírem antecedentes fechados (fatispécie fechada), na medida em que a regra enumera exhaustivamente os fatos e suas consequências jurídicas. Os princípios são também considerados fundamentais por atribuírem justificação axiológica a outras normas e por não requererem fundamento algum para si, pois são percebidos como óbvios, autoevidentes ou intrinsecamente justos.<sup>64</sup>

Para Virgílio Afonso da Silva, estudioso a respeito dos princípios, o principal traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem; no caso das regras, garantem-se direitos definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, garantem-se direitos *prima facie*. Aduz também que, em geral, a realização dos princípios é apenas parcial e, por serem mandamentos de otimização, podem ser realizados em diversos graus. O objetivo é a realização máxima, mas isso somente ocorre se as condições fáticas e jurídicas forem ideais.<sup>65</sup>

Já Humberto Ávila, que também se dedicou profundamente à definição e à aplicação dos princípios jurídicos, admite a coexistência de espécies normativas diferentes em razão de um mesmo dispositivo. Um dispositivo pode funcionar como ponto de referência para a construção de regras, princípios e postulados, desde que o comportamento previsto seja analisado sob perspectivas diversas.<sup>66</sup> Postulados são definidos como instrumentos normativos metódicos, como categorias que

---

63 GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi (Organizadores). **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. Barueri, SP: Editora Manole, 2010, p. 42-60, p. 43.

64 *Ibid.*, p. 42-60.

65 (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 44-46). Como será visto no tópico 2.2 deste capítulo, Virgílio Afonso da Silva adota a concepção delineada por Alexy com relação à distinção entre princípios e regras.

66 Humberto Ávila traz exemplo de sua formulação teórica: Analise-se o dispositivo constitucional segundo o qual todos devem ser tratados igualmente. É plausível aplicá-lo como regra, como princípio e como postulado. Como *regra*, porque proíbe a criação ou aumento de tributos que não sejam iguais para todos os contribuintes. Como *princípio*, porque estabelece como devida a realização do valor igualdade. E como *postulado*, porque estabelece um dever jurídico de comparação (*Gebot der Vergleichung*) a ser seguido na interpretação e aplicação, preexcluindo critérios de diferenciação que não sejam aqueles previstos no próprio ordenamento jurídico (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 92-93).

impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com os princípios não se confundindo, portanto.<sup>67</sup>

Humberto Ávila também acentua que as regras e princípios podem ser diferenciados quanto ao modo como contribuem para a decisão. Os princípios seriam normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, pois não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir para a tomada de decisão. Ao contrário das regras, que seriam preliminarmente decisivas e abarçantes, uma vez que visam a gerar uma solução específica para o conflito.<sup>68</sup>

Outro autor que também realizou estudos acerca dos princípios é Karl Larenz, segundo o qual os princípios jurídicos são ideias jurídicas gerais que proporcionam que uma regulamentação normativa seja considerada bem fundada em razão da referência à ideia do Direito ou referência a valores jurídicos reconhecidos. Larenz faz um importante alerta a respeito do equívoco de entender os princípios jurídicos como axiomas, como se fosse possível, a partir de um princípio ou de um conjunto de princípios, extrair normas jurídicas particulares ou um sistema jurídico fechado.<sup>69</sup>

Com mesmo raciocínio, Marcelo Neves traz relevante distinção entre regras e princípios, que deve nortear a aplicação do direito. Para ele, os princípios não podem ser razões diretas de decisões concretas, caracterizando-se tão somente como razões mediatas, uma vez que entre o princípio e a decisão sempre haverá uma regra.<sup>70</sup>

Portanto, após explicitação dessas importantes opiniões doutrinárias e diante do reconhecimento da natureza jurídica indeterminada e fluida dos princípios, pode ser extraída a conclusão de que os princípios não são normas suscetíveis de aplicação imediata aos casos individuais, não se lhes aplicando a subsunção, carecendo, ao contrário, de previsões normativas fixas, que viabilizem a sua aplicação e concretização na resolução dos casos concretos, sob pena de poder

---

67 ÁVILA, 2014, p. 92-100.

68 *Ibid.*, p. 101.

69 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1969, p. 569-570.

70 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema do sistema jurídico**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014b, p. 84.

configurar objeto de manipulação, que resulte em sua utilização retórica na fundamentação de decisões judiciais.<sup>71</sup> Sem descuidar, obviamente, sua extrema importância para balizamento do sistema jurídico e para auxílio na resolução dos conflitos normativos, não podem ser desconsiderados os riscos da manipulação na utilização dos princípios em detrimento de regras, sendo essa assertiva importante para a compreensão do funcionamento da técnica da proporcionalidade, como será visto adiante.

## 2.2 Do Princípio da proporcionalidade

Após estudo sobre a natureza jurídica e características dos princípios, será realizada análise do significado do princípio da proporcionalidade, mas primeiramente num sentido amplo e não com características específicas descritas pela teoria desenhada por Alexy,<sup>72</sup> segundo a dogmática germânica, cujo estudo será explorado adiante e que terá análise exclusiva em virtude de ser uma das teorias mais utilizadas atualmente no Brasil para solução de conflitos normativos.

O desenvolvimento mais destacado do princípio da proporcionalidade está no Direito Alemão, já que o Tribunal Federal Constitucional difundiu a submissão dos atos do Poder Público aos subprincípios/etapas da técnica de ponderação, especialmente após o nazismo.<sup>73</sup> Conforme acurada observação de Marcelo Neves, no final do século XX e início do século XXI, a doutrina constitucional brasileira criou um fascínio pela principiologia jurídico-constitucional e, nesse contexto, também pela ponderação de princípios, o que tem contribuído para uma banalização das distinções entre princípios e regras, consoante será apontado adiante.<sup>74</sup>

---

71 Esse é o pensamento inclusive de Claus Wilhelm Canaris (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 96).

72 ALEXY, 2008.

73 BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade**. 2. ed. (2008) 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 117.

74 NEVES, 2014b, p. 171.

A Constituição Federal de 1988 não prevê o princípio da proporcionalidade de forma expressa, no entanto, alguns autores entendem que se encontra implícito no texto constitucional, extraindo seu fundamento de validade de fontes variadas, como o Estado de Direito, devido processo legal, princípio da legalidade, catálogo dos direitos fundamentais, a unidade da Constituição ou a conjugação desses critérios.<sup>75</sup>

Para Alexy, cuja teoria será estudada de forma mais profunda em seguida, a proporcionalidade deriva da própria estrutura das normas jurídicas fundamentais.<sup>76</sup> Para Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo, a proporcionalidade decorre do Estado do Direito, dos direitos fundamentais, do princípio da reserva legal ou do devido processo legal substantivo.<sup>77</sup> Segundo Humberto Ávila,<sup>78</sup> o fundamento de validade do dever de proporcionalidade não deriva de um texto específico, mas da estrutura mesma dos princípios.

Após verificação das opiniões doutrinárias a respeito do fundamento de validade da proporcionalidade, serão expostas algumas definições acerca de seu significado. Segundo Humberto Ávila, por exemplo, a proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, e sua aplicação depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. Assevera, ainda, que o exame de proporcionalidade se aplica sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, devendo ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (adequação), de ser a menos restritiva aos direitos envolvidos (necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique a restrição (proporcionalidade em sentido estrito).<sup>79</sup> Será explanado mais a frente que essa tríade na análise da

---

75 BRAGA, 2011, p. 104.

76 ALEXY, 2008, p.116.

77 MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**. Direitos Fundamentais e controle da constitucionalidade. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 67-84.

78 ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999, 170-171.

79 (ÁVILA, 2014, 205-206). Importa ilustrar que Humberto Ávila diferencia a proporcionalidade da ponderação. Segundo seu entendimento, a ponderação é um método destinado a atribuir pesos a

proporcionalidade corresponde às etapas delineadas por Alexy para resolução do conflito.<sup>80</sup>

Por sua vez, Virgílio Afonso da Silva entende que a proporcionalidade não pode ser definida como um princípio, uma vez que seus efeitos são uniformes sem variações, o que a caracteriza como regra, devendo falar-se em regra de proporcionalidade, portanto. Para ele, a proporcionalidade tem estrutura de uma regra porque impõe um dever definitivo e a sua aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto, mas sim feita no todo. É uma regra de segundo nível, especial, ou uma metarregra.<sup>81</sup>

Karl Larenz também traz ensinamentos a respeito do princípio da proporcionalidade. Destaca que é uma proposição fundamental, que significa que a utilização de determinado instrumento não pode ser inadequada ao fim a que se destina, configurando uma diretriz de ação do legislador, caracterizando a concretização de um princípio mais lato, designado de princípio da medida ou princípio do critério, que expressa a ideia da Justiça.<sup>82</sup>

Após essa investigação, fácil perceber quantas opiniões diversas existem do que se entende por proporcionalidade, o que denota o quanto suscita debates a respeito de seu conceito e de seus contornos. Além das distinções teóricas, o teor abstrato das concepções desenvolvidas dificulta o alcance de uma definição mais precisa e palpável do que se entenda por proporcionalidade. Contudo, pode-se extrair a conclusão comum de que serve como um critério interpretativo para solução de conflitos normativos, configurando um dos princípios mais recorrentes nas fundamentações das decisões judiciais em nosso país, sobretudo nos casos mais complexos, o que justifica a continuidade e aprofundamentos de seu significado para

---

elementos que se entrelaçam, destacando que, sem a inserção de critérios materiais em sua estrutura, é inútil para aplicação do Direito. De consequência, realça a necessidade de estruturá-la e que é muito comum perceber nos estudos doutrinários a estruturação da ponderação com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade (ÁVILA, 2014, p. 185-186).

80 ALEXY, 2008.

81 SILVA, 2011, p. 168.

82 LARENZ, 1969, p. 577-579.

uma análise crítica, que possa auxiliar na verificação do acerto de sua aplicação e dos seus limites.

No próximo tópico, será estudado o princípio da proporcionalidade tal como proposto por Alexy,<sup>83</sup> por ser uma das técnicas mais difundidas no Brasil para solução de conflitos normativos.<sup>84</sup>

### 2.3 Técnica da ponderação de Alexy

A técnica da ponderação é uma das mais difundidas técnicas de interpretação do Direito no Judiciário pátrio, destacadamente no Supremo Tribunal Federal, o que exige aprofundamento acerca de seus contornos teóricos e de suas possibilidades fáticas para fins de verificação da utilidade em sua aplicação ou dos eventuais equívocos no seu manuseio. A teoria hermenêutica axiológica, delineada por Robert Alexy, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, traz as bases teóricas para a técnica de proporcionalidade.<sup>85</sup>

Para Alexy, regras significam imperativos definitivos, que ou são satisfeitos ou não, e caracterizam mandados de definição. Por seu turno, os princípios caracterizam comandos de otimização, submetidos ao limite do possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, podendo ser satisfeitos, dessa forma, em graus variados. Alexy atribui uma estrutura teleológica aos princípios quando lhes dá o caráter de ordens de otimização.<sup>86</sup>

---

83 ALEXY, 2008.

84 Destaco que, na presente dissertação, utilizarei também a expressão princípio da proporcionalidade como correspondente à expressão técnica da proporcionalidade ou técnica da ponderação, oriunda da dogmática jurídica alemã, técnica esta que compreende as três etapas da adequação, necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito, como será exposto adiante. Justifico essa postura em virtude da expressão princípio da proporcionalidade ser bastante utilizada na doutrina e na jurisprudência pátrias.

85 ALEXY, 2008.

86 *Ibdi.*, p. 90-91.

Quanto à aplicação, as regras são aplicadas por subsunção, prescindindo do uso da argumentação, e princípios são aplicados por ponderação. A ponderação é realizada pelo método da proporcionalidade. A técnica da proporcionalidade exige que, na colisão de princípios, quanto mais alto for o grau de prejuízo de um princípio, tanto maior tem de ser a relevância do outro princípio.<sup>87</sup>

Alexy defendeu a distinção entre o caráter *prima facie* e o caráter definitivo de normas como uma distinção da estrutura de normas e do seu caráter coercitivo. Relaciona esta distinção com a respectiva estrutura diferente de princípios e regras. Princípios só conteriam, portanto, ordens *prima facie* ou razões *prima facie*, enquanto as regras prescrevem uma ação de modo definitivo. Como consequência dessa classificação de estruturas de normas, tem-se o resultado de que princípios poderão ser restritos por meio de regras ou princípios em colisão, já as regras, ao contrário, deverão ser marcadas, no caso de colisão, com uma cláusula de exceção ou requerem uma decisão a respeito de qual delas é válida.<sup>88</sup>

O método da proporcionalidade realiza-se em três etapas a seguir listadas: a) adequação (busca do princípio que se aplica ao caso concreto); b) necessidade (verificação de qual princípio dentre os aplicáveis causa menos onerosidade.); c) proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito).<sup>89</sup>

Existe uma ordem predefinida, assim sendo, para aplicação das etapas descritas. Somente se passa à análise das etapas seguintes, se a anterior tiver sido atendida. Nem sempre é necessário percorrer todas as etapas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>90</sup>

A etapa da adequação é uma verificação fática, não jurídica. Uma norma é inadequada se não servir ao objetivo a que se propõe num caso concreto. Se uma demanda concreta puder ser resolvida fazendo-se recurso apenas a esta etapa, não

---

87 ALEXY, 2008.

88 *Ibid.*, p. 103-106.

89 *Ibid.*, p. 117.

90 *Ibid.*

será necessário percorrer as outras etapas citadas nem se estará diante de um ótimo de Pareto, que será explicado adiante.

Por sua vez, a etapa da necessidade leva à escolha do princípio, dentre os aplicáveis ao caso, que cause menor dano ou que solucione o caso de modo menos oneroso.<sup>91</sup> Explica-se. Se houver duas normas N1 e N2, ambas adequadas ao caso C, em que estão em jogo os princípios P1 e P2, é necessário, antes de passar à próxima etapa da aplicação do princípio da proporcionalidade propriamente dito, verificar se uma das normas pode atender a ambos os princípios de forma menos danosa. Caso N1 atenda ao princípio P1 e ao princípio P2, enquanto N2 atende tão somente a P1, mas causa uma pequena restrição a P2, conclui-se que N2 não é necessária, uma vez que os princípios em conflito podem ser melhor atendidos com a aplicação da norma N1. Esta é uma etapa fática, tal qual a etapa anterior da adequação, demandando apenas análise dos fatos. Não havendo ainda, igualmente, necessidade de utilização do ótimo de Pareto.<sup>92</sup>

A análise da necessidade corresponde, isto posto, à verificação do meio que cause a menor ingerência nos direitos fundamentais. Significa que, diante de uma pluralidade de opções, deve-se optar pela menos nociva.

Por fim, a última etapa da tríade desenhada por Alexy, a proporcionalidade em sentido estrito, objetiva aplicar valores ponderadamente na maior medida possível até atingir um ótimo de Pareto. A aplicação do princípio da proporcionalidade corresponde à graduação e à quantificação de valores de modo que seja possível a aplicação simultânea de vários princípios concorrentes. Esta etapa, diferentemente das anteriores, não verifica apenas condições fáticas. Quanto mais alto seja o grau de descumprimento ou menosprezo de um princípio, tanto maior deve ser a importância de cumprimento do outro.<sup>93</sup> A proporcionalidade em sentido estrito

---

91 ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. In: **Ratio Juris**. v. 16, n. 2, junho de 2003 (p. 131-140). USA: Blackwell Publishing Ltd., 2003, p. 136.

92 Explicação trazida por Damiano de Azevedo (AZEVEDO, Damiano Alves de. **Ao encontro dos princípios Crítica à Proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas**. Brasília, DF: CEAD/UnB, 2009, p. 7).

93 ALEXY, 2003, p. 136.

implica avaliação do custo-benefício da medida restritiva, com ponderação dos direitos em conflito.

Para melhor se entender como se dá a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, imprescindível a explanação sobre o ótimo de pareto e como sua ideia se encaixa na teoria de Alexy. A noção de um ótimo de pareto é ponto essencial na teoria elaborada por Alexy.<sup>94</sup> Para ele, quando há conflito entre princípios, a decisão judicial deve ocorrer de forma idêntica ao processo de escolha num gráfico de microeconomia, ou seja, a forma de aplicação ideal do Direito deve corresponder à operação do ótimo de pareto.

O ótimo de pareto indica graficamente a relação entre duas ou mais opções de consumo ou produção, quando nenhuma delas pode ser melhorada sem que o resultado seja que as demais assumam posição piorada.<sup>95</sup>

Segundo Alexy a aplicação de princípios jurídicos deve se dar exatamente da mesma forma. A decisão judicial ideal em um caso concreto é a que atinge um grau máximo de satisfação de todos os princípios em conflito.<sup>96</sup> A decisão judicial teria de alcançar um ponto ótimo de satisfação simultânea dos diversos princípios concorrentes, aplicáveis à lide em julgamento. Com este raciocínio, o jurista admite

---

94 ALEXY, 2003, p. 135.

95 A teoria da escolha mede a satisfação do consumidor numa situação concreta em que ele deve optar sobre quais mercadorias adquirir diante de produtos que atendem a necessidades diferentes. Não é possível ao consumidor adquirir uma quantidade ilimitada de todos os produtos em decorrência de limitações fáticas, tendo em vista que o dinheiro ou crédito de que dispõe são finitos. Assim, o consumidor realiza uma ponderação entre a satisfação que cada produto pode lhe proporcionar, de acordo com as necessidades que entenda prioritárias, e quanto dinheiro aplicará em cada uma das mercadorias. Se aplicar seus recursos financeiros integralmente em uma mercadoria A que atende a uma necessidade X, a necessidade Y, atendida pela mercadoria B, restará completamente insatisfeita. O consumidor, segundo a teoria econômica, tenderá a querer satisfazer simultaneamente ambas necessidades X e Y, adquirindo, tanto quanto possível, a maior quantidade de A e B. O consumidor, à vista disso, define qual das duas necessidades lhe é prioritária e decide quanto dinheiro usará em cada uma delas. Haverá um ponto em que chegará ao limite de seus recursos financeiros e só adquirirá maior quantidade de A, descartando certa quantidade de B. De consequência, não melhorará o grau de satisfação da necessidade X, sem piorar o grau de satisfação da necessidade Y e vice-versa. Essa relação pode ser obtida em vários pontos do gráfico, sendo expressa por uma curva convexa. A esse ponto em que não se pode aumentar a satisfação de X sem prejudicar Y, nem aumentar a satisfação de Y sem prejudicar X, o economista franco-italiano Wilfredo Pareto (1848 -1923) chamou ponto ótimo de satisfação, o conhecido ótimo de pareto. Essa explicação do ótimo de pareto foi extraída do artigo jurídico de Damião de Azevedo (AZEVEDO, 2009, p. 4-5).

96 ALEXY, 2008.

que os princípios jurídicos podem ser obedecidos parcialmente. Dessa forma, todos os princípios conflitantes devem caber no resultado sem exclusão total de nenhum deles. O grau máximo de satisfação de cada um será distinto, mas todos devem ser contemplados até que se atinja um ponto ótimo.

Alexy argumenta que é impossível uma listagem exaustiva que esgote todos os princípios jurídicos, inclusive com definição do peso de cada qual como numa escala de medidas. Entretanto, ainda assim, para viabilizar o funcionamento da técnica, afirma ser viável uma ordem hierárquica frágil.<sup>97</sup>

A escala concreta de princípios, conforme sua teorização, é alcançada por meio de três sistemas, quais sejam, um sistema de condições de prioridade, um sistema de estruturas de ponderação e um sistema de prioridades *prima facie*.<sup>98</sup> O sistema de condições de prioridade busca identificar quais princípios têm prevalecido na prolação de decisões judiciais. A partir do histórico de fundamentação seria possível inferir qual é a importância de determinado princípio em virtude de sua preferência ou não perante os demais.

Por seu turno, o sistema de estruturas de ponderação corresponde à técnica de ponderação já analisada, por meio da qual os princípios são otimizados em decorrência das limitações fáticas e jurídicas nas situações de conflito. Por fim, o sistema de prioridades *prima facie* consiste na escala hierárquica construída a partir do peso de cada princípio em comparação com os demais. Essas são as formas, segundo Alexy, de definição de uma escala concreta de princípios, que seria imprescindível para o funcionamento da técnica de ponderação.

Após investigação a respeito do significado do princípio da proporcionalidade nos termos da teoria de Alexy,<sup>99</sup> passa-se, no próximo tópico, a uma análise acurada

---

97 ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. (Trad. de Manuel Atienza). Doxa, n. 05, 1988, p. 144.

98 *Ibid.*, p. 146.

99 É importante realizar necessária distinção entre princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade para evitar assimilações indevidas. O princípio da proporcionalidade, conforme a dogmática jurídica alemã, distingue-se do princípio da razoabilidade, malgrado o Judiciário pátrio utilize os princípios em comento de forma indiscriminada, como sinônimos, apesar de possuírem significados diferentes. Princípio da proporcionalidade é uma expressão de origem alemã, com características e etapas para concretização bem definidas, tal como já explicado. Por sua vez, o

e crítica sobre o seu funcionamento e consequências nos resultados das decisões judiciais.

#### **2.4 Do tradicional debate a respeito do princípio da proporcionalidade: Crítica à hermenêutica axiológica e a distinção entre princípios e valores**

A tradicional crítica que é realizada contra o princípio da proporcionalidade é efetuada por meio da discussão da natureza jurídica dos princípios a partir da distinção entre as teorias hermenêuticas deontológica e axiológica, com apresentação de argumentos favoráveis à primeira em detrimento da segunda, como será explicado.

Primeiramente, para subsidiar a diferença entre tais teorias, impõe-se trazer a distinção entre princípios e valores. Os valores são preferências escolhidas e compartilhadas intersubjetivamente entre os cidadãos, referentes a bens e interesses que consideram relevantes. São cambiantes e flexíveis porque as sociedades são plurais e complexas. Podem ser realizados de forma gradual. São entendidos, portanto, em um sentido teleológico. Os valores competem entre si nas relações interpessoais por prioridade. Outrossim, competem entre si para tornarem-se normas jurídicas nos processos de escolhas de valores para construção de normas jurídicas.<sup>100</sup>

---

princípio da razoabilidade tem origem norte-americana, contudo, como afirmado por Alexandre Costa, não é um conceito usado pelos juristas norte-americanos ou em outros países do common law, onde a razoabilidade é considerada um standard do devido processo legal, mas sim é utilizado com projeção nos países de língua hispânica, eis que os argentinos deram ênfase a tal perspectiva. Interessante apontar também que o princípio da proporcionalidade, segundo a dogmática jurídica germânica, é meramente formal, isto é, não possui conteúdo. Contém, na verdade, procedimentos internos referentes às suas três etapas. Diferentemente do que ocorre com o princípio da razoabilidade, que se propõe a apresentar um conteúdo de proibição de excesso, de imposição de limites às restrições a direitos (COSTA, Alexandre Araújo. **O Princípio da Razoabilidade na Jurisprudência do STF: O século XX**. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 06).

100 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2 ed Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1, p. 316.

Mesmo que encontrem reconhecimento intersubjetivo em certa cultura ou coletividade, valores são essencialmente flexíveis e plenos de contradição.

Por seu turno, os princípios são normas jurídicas legítimas que obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, independentemente de sua vontade e interesse em cumpri-los, mesmo que não sejam valores que escolheram e que compartilham com os outros cidadãos intersubjetivamente. Não são realizados de forma gradual, mas devem concretizados integralmente ou não em uma determinada situação concreta, sem competir entre si no momento da aplicação do direito. Destarte, os princípios devem ser tomados em um sentido deontológico.<sup>101</sup>

Os princípios possuem conteúdo axiológico, porém, tal assertiva não significa que se confundam com valores. Diferentemente dos valores, cujo significado é teleológico, os princípios devem ser tomados em um sentido deontológico, não obstante possuírem conteúdo axiológico, como afirmado.

Enquanto valores correspondem a bens e interesses que são considerados relevantes em uma determinada coletividade e são realizados gradualmente, normas jurídicas, nesta categoria incluídos os princípios, obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprir as expectativas normatizadas de comportamento por meio de um código binário e não gradual. Os princípios, já que considerados com significado deontológico, devem operar-se por meio de código binário próprio, qual seja, lícito/ilícito, devido/não devido.<sup>102</sup>

---

101 HABERMAS, 2012, p. 316.

102 Nesse cenário, vale destacar o que afirma Alexandre Coura: Vale reafirmar, então, a consideração de que as normas jurídicas podem conter distintos tipos de conteúdo. Deve-se, no entanto, destacar que, seja ele qual for, o conteúdo de uma norma não retira o caráter propriamente jurídico desta. Assim, mesmo ao verificar que os direitos fundamentais apresentem conteúdo axiológico, aqueles não devem ser confundidos com valor. O mesmo deve se dar em relação à moral, à política, à economia, etc. Considera-se, assim, que independentemente das matérias que as normas disciplinem e dos valores, bens, ou interesses que, entre as diversas razões apresentadas, tenham sido considerados determinantes no processo de sua criação, elas, enquanto normas, operam em um código binário próprio do Direito, qual seja, lícito/ilícito, ou, em outros termos, devido/não devido. Portanto, o direito é deontológico (COURA, Alexandre de Castro. Limites e Possibilidades da Tutela Jurisdicional no Paradigma do Estado Democrático de Direito: Para uma análise crítica da "Jurisprudência de Valores". In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coordenação). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.403-446, p. 433-434).

O estabelecimento de distinções entre princípios e valores mostrou-se necessário para dar supedâneo ao estudo comparativo das teorias hermenêuticas axiológica e deontológica, estudo este que tem por finalidade a investigação da crítica realizada à teoria desenhada por Alexy.

A teoria hermenêutica axiológica tem origem e é defendida destacadamente pela teoria constitucional alemã e tem como autor expoente Robert Alexy. Já a teoria hermenêutica deontológica tem origem especialmente no constitucionalismo americano.

Segundo a teoria desenhada por Alexy, os princípios constitucionais são equivalentes a valores na tarefa de aplicação, uma vez que admitem a possibilidade de colisão frontal e conseqüente ponderação como forma de superá-la. Tanto os princípios quanto os valores admitiriam o seu cumprimento gradual, podendo ser realizados parcialmente.<sup>103</sup>

De conseqüência, segundo a teoria em comento, poder-se-ia admitir que uma decisão judicial de um caso concreto poderia aplicar princípios ou valores contraditórios entre si de forma proporcional, em outras palavras, um princípio ou valor cederia de forma proporcional a outro princípio ou valor.

Critica-se a teoria hermenêutica axiológica por sua incapacidade de aceitar o pluralismo da sociedade contemporânea e de lidar com tal fato inafastável, já que tem como pressuposto uma escala hierárquica prévia de princípios. Somente seria realizável a ponderação proporcional por meio da determinação de uma ordem hierárquica fixa de valores. Esta teoria é acusada de redundar em soluções não democráticas de estabelecimento de prevalências fixas de valores éticos, isto é, um

---

103 Sobre a equiparação entre princípios e valores, explica Juliano Benvindo: *In truth, Alexy, in this matter, remarks that “there is a lot of room in the spacious world of principles,” which can be a legal provision protecting a subjective right, a collective interest derived from the constitution (democracy, rule of law, social state, etc) or a value with no direct origin in the constitution (a social tradition, a communitarian practice, public interests, etc), just to cite some. He emphasizes this approximation: “The graduated satisfaction of principles corresponds to the graduated realization of values.” That there is no solid difference between both can be seen in the idea that any formulation of usually employed values when balancing is at issue – we can observe it in the idea of constitution as an “order of values” – can be reformulated in terms of principles and principles or maxims in terms of values without loss of meaning* (BENVINDO, 2010, p. 148).

rol fixo de valores prioritários, como se fosse possível estruturar uma sociedade plural e democrática em torno de valores éticos compartilhados intersubjetivamente por todos os cidadãos.<sup>104</sup>

Por sua vez, a teoria hermenêutica deontológica será aqui apresentada segundo os estudos capitaneados por Ronald Dworkin e Habermas. Não obstante partirem ambos de perspectivas teóricas bastante distintas, são autores contrapostos a Alexy e objetivam justificar uma teoria a respeito dos princípios sem reduzi-los a valores, enfatizando a prevalência de argumentos de justiça sobre concepções de bem. Para Habermas<sup>105</sup> e Dworkin<sup>106</sup>, os princípios diferem dos valores, como será visto a seguir.

Com análise breve do pensamento destes dois filósofos, pretende-se destacar que suas teorias não partem do pressuposto de que os princípios constitucionais incorporam valores morais compartilhados por todos culturalmente, exatamente em razão da complexidade e pluralidade ínsitas à sociedade, já que os cidadãos não entram em acordo de forma espontânea a respeito de todos os valores que devem guiar suas vidas.<sup>107</sup>

---

104 Sobre esse tema, pronuncia-se criticamente Damião de Azevedo: Aí se revela um dos pontos frágeis da teoria. Para superar a indeterminação e proteger o Direito de caprichos e preferências variáveis, a argumentação racional orientada pela proporcionalidade exige uma escala concreta de valores morais. Só é possível a ponderação proporcional determinando-se uma ordem de hierarquia absoluta entre os valores que se quer aplicar. Se a argumentação jurídica é uma argumentação moral, só uma escala fixa de valores pode impor ao julgador que decida conforme uma ordem determinada, eliminando a insegurança do sistema (AZEVEDO, 2009, p. 10-11).

105 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethhe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

106 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

107 A respeito dessa temática, revela-se interessante explicitar o alerta desenvolvido por Fábio Almeida: Assim, do ponto de vista de cada doutrina ética, os princípios constitucionais seriam incorporados como valores imanentes à doutrina, ao passo que, de uma perspectiva institucional, tais princípios mantêm sua independência estrutural perante qualquer sistema de valores. É por isso que confundir princípios e valores é um risco sempre presente e extremamente sério, pois implica privilegiar uma determinada perspectiva ética em detrimento de todas as outras. É justamente o erro que não se pode cometer no contexto contemporâneo de sociedades extremamente plurais em que há grupos radicais que pretendem impor seus valores éticos a qualquer custo, independentemente de qualquer consideração a respeito dos direitos humanos (ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. Os Princípios Constitucionais entre Deontologia e Axiologia: Pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 493-516, jul.-dez/2008, p. 508-509).

Ronald Dworkin, em sua teoria da interpretação judicial, concebe o direito como um romance em cadeia. Segundo este autor, ao decidir um caso concreto, o julgador deve assumir a perspectiva de um julgador ideal, que denomina de juiz Hércules, o qual teria a capacidade especial de reconstruir toda a história constitucional à melhor luz. Defende que não prega uma ditadura da história institucional sobre os juízes, mas que essa história restringe suas possibilidades de decisão, apesar de reconhecer que possa ser reconstruída pelo intérprete com o objetivo de trazer a melhor decisão possível.<sup>108</sup>

Para Dworkin, o conflito entre normas *prima facie* aplicáveis a um mesmo caso concreto é apenas aparente, já que é na situação concreta de aplicação do direito onde vai ser decidida qual a única norma adequada àquele caso específico.<sup>109</sup>

Para atingir tal desiderato, propõe que o juiz deve buscar uma única norma adequada às especificidades do caso concreto, argumentando que todo discurso de adequação realizado pelo juiz, diferentemente do que postula Alexy, é também interpretação jurídica, e não a mera subsunção de fatos a normas, além de salientar que não existe diferença ontológica entre princípios e regras.<sup>110</sup>

Para alcance da única decisão correta, Dworkin define o direito como interpretação e o compara à literatura para explicar seu raciocínio filosófico. O direito seria uma interpretação contínua e em permanente desenvolvimento, como um romance em construção. O processo de interpretação consiste, dessa forma, em recuperar o trajeto desse romance e produzir a melhor interpretação possível.<sup>111</sup> A

---

108 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

109 DWORKIN, Ronald. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

110 DWORKIN, 2010a.

111 Trago raciocínio de Dworkin a esse respeito: Cada juiz é, então, como um romancista na cadeia de autores. Ele precisa ler o que outros juízes escreveram no passado simplesmente para descobrir o que disseram ou seu estado de espírito quando disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da mesma maneira como cada um dos nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo até então escrito. Qualquer juiz obrigado a decidir um processo encontrará, se procurar nos livros apropriados, registro de muitos casos discutíveis similares decididos por décadas, ou mesmo séculos, por muitos outros juízes de diferentes estilos e filosofias jurídicas e políticas em períodos de diferentes ortodoxias processuais e convenções judiciais. Cada juiz precisa se observar, ao decidir o novo caso diante de si, como um sócio em uma complexa rede de empresas da qual essas inumeráveis decisões, estruturas,

interpretação será melhor quanto maior for a capacidade do juiz de expressar o significado do direito em sua integridade e não apenas o de certas normas. O significado obtido deve ser coerente com os princípios revelados pela leitura de todo o ordenamento jurídico. Direito como integridade quer dizer que o direito é uno e que todas as normas existentes no ordenamento devem ser interpretadas de maneira a manter a coerência interna que lhe dá unidade.

Ao articular o Direito como interpretação e para fins de alcance da única decisão correta, Dworkin apresenta distinção entre regras e princípios, que deve ser observada na atividade de aplicação do Direito. Argumenta que as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, isto é, a regra é aplicável ou não. Por outro lado, os princípios não apresentam consequências jurídicas automáticas diante de certas condições dadas, mas na verdade apontam uma direção para a qual a decisão deve seguir. Além disso, os princípios apresentam uma dimensão de importância, ausente nas regras.<sup>112</sup>

Esclarece, ainda, que os direitos devem ser entendidos como uma proteção contra os valores da maioria, ou seja, os direitos são trunfos a serem utilizados na defesa dos cidadãos contra argumentos desenvolvidos para defesa de valores coletivos.<sup>113</sup> Neste panorama, vê-se a ênfase trazida por Dworkin na distinção entre princípios e valores, tanto que direitos devem ser considerados como trunfos contra valores da maioria de ocasião.

Além disso, Dworkin aduz que os direitos possuem supremacia diante das políticas, não podendo as políticas infringir os direitos, que têm de ser entendidos como trunfos individuais.<sup>114</sup> Quer dizer: no campo jurídico, os argumentos de princípio devem ter prevalência sobre os argumentos fundados em programas, políticas. E a equivalência entre princípios e valores proporcionaria a prevalência dos

---

convenções e práticas são a história; é seu trabalho dar continuidade a essa história no futuro por meio do que faz no presente (DWORKIN, Ronald. O Direito como Interpretação. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi (Organizadores). **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. Barueri, SP: Editora Manole, 2010b, p. 14-41, p. 32).

112 Cf., DWORKIN, 2010a, p. 39-43.

113 *Ibid.*

114 *Ibid.*, p. 132.

argumentos de política (argumentos não jurídicos, como os exclusivamente éticos, morais e pragmáticos) em detrimento dos argumentos de princípio.

Constata-se, assim, que a teoria desenhada por Dworkin não se coaduna com a equiparação entre princípios e valores, que levaria a uma competição entre eles por prioridade no momento da aplicação do Direito, sem a consideração de que a interpretação jurídica deveria ser realizada segundo a integridade de todo o ordenamento jurídico. Dworkin, assim sendo, constrói uma teoria que objetiva priorizar argumentos de justiça sobre concepções de bem e impedir a prioridade de argumentos de política frente a argumentos de princípio.

Como Dworkin, Habermas também articula uma teoria que combate a ponderação de interesses. Para ser entendida sua crítica, será brevemente apresentada sua teoria.

Habermas pressupõe uma comunidade de participantes da argumentação que possa compreender a sua situação de modo alcançar o consenso racional, devendo todos ser considerados reciprocamente reconhecidos como parceiros legítimos da comunicação.<sup>115</sup> Concebe uma sociedade democrática ideal em que as pessoas seriam livres e iguais, com direito de manifestação e participação em debates públicos sem limitações quanto ao conteúdo do discurso, com exceção de submissão a restrições concernentes ao procedimento para propiciar direito igual de participação a todas as pessoas.<sup>116</sup>

Em sua concepção, é por meio dos discursos que se forma uma vontade racional. A legitimação do direito, conseqüentemente, reside em arranjos comunicativos, que culminam na consideração dos indivíduos como autores e destinatários de seus direitos. Em derradeira análise, destaca que a cooriginariedade da autonomia privada e pública somente é possível por meio do entendimento da autolegislação mediante a teoria do discurso.<sup>117</sup>

---

115 HABERMAS, 2012.

116 *Ibid.*

117 *Ibid.*

Vislumbra-se, assim sendo, que a ênfase em procedimentos orientados para o mútuo entendimento não se coaduna com a ponderação de interesses, a qual redundaria num estabelecimento prévio de metodologia para a fundamentação da atividade judicial, sem a necessária participação de todos em suas conclusões.

A adoção da ponderação de interesses afrontaria, portanto, a ideia habermasiana de intersubjetividade, infringindo a concepção de que todas as pessoas estão envolvidas em um processo discursivo, do qual todas elas tomam parte. Nesse panorama, uma solução seria legítima quando aceitável pelas pessoas envolvidas no discurso, o que não ocorreria com a aceitação da técnica de ponderação. Segundo a crítica tradicional, assim sendo, a criação do Direito envolve compromissos firmados entre os indivíduos integrantes de uma comunidade, o que não é condizente com a criação do Direito via judicial por meio da técnica da ponderação.

Portanto, a crítica que comumente vem sendo realizada contra a aplicação do princípio da proporcionalidade, partindo da premissa de necessidade de respeito aos pressupostos do processo discursivo, que garante legitimidade à atividade judicial, conclui que é equívoco permitir-se a equiparação entre normas jurídicas e valores, autorizada pela técnica de ponderação de interesses, porque levaria à concorrência de objetivos ou bens contra o Direito vigente, numa análise de custo-benefício.

Habermas ressalta a imprescindibilidade de diferenciar princípios e valores para obstar a concorrência entre objetivos ou valores no aplicar a norma jurídica ao caso concreto, em razão da violação dos pressupostos democráticos do processo discursivo, que não permite a exclusão dos indivíduos desse processo. Habermas distingue-os, dessa forma, acentuando que valores podem ser realizados gradualmente, por meio do balanceamento, já os princípios, que objetivam alcançar validade universal, submetem-se a seguinte codificação binária: ou o princípio é válido ou inválido. Isto é, em caso de colisão, os princípios não podem ser realizados

parcialmente por meio do balanceamento, mas sim serem afastados ou utilizados de forma integral na tarefa da aplicação.<sup>118</sup> Segue seu pensamento elucidador:

A partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir a primazia em cada caso singular. Cada valor é tão particular como qualquer outro, ao passo que normas devem sua validade a um teste de universalização. [...] Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência*, uma *obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários.<sup>119</sup>

Ao opor-se de forma frontal à concepção de direitos fundamentais construída por Alexy,<sup>120</sup> Habermas argumenta que equacionar a Constituição como uma ordem concreta de valores significa desconsiderar que os direitos fundamentais são constituídos por meio de modelo de normas de ações vinculantes e não consoante aos modelos de bens atrativos. Segundo sua opinião, se a Corte constitucional adotar uma ordem de valores, haverá aumento do risco de juízos irracionais porque argumentos funcionalistas se sobrepõem aos argumentos normativos.<sup>121</sup>

Habermas entende que o que é melhor para nós nem sempre coincide com o que é igualmente bom para todos,<sup>122</sup> isto é, num sistema de normas legítimas, considera-se correta a ação que seja igualmente boa para todos, já num sistema de valores relacionado à cultura e nossa forma de vida, considera-se correta a conduta que for boa para nós.<sup>123</sup>

---

118 HABERMAS, 2012. p. 316.

119 *Ibid.*, p. 321.

120 ALEXY, 2008.

121 HABERMAS, 2012, p. 318-321

122 *Ibid.*, p. 323.

123 Esse é o raciocínio também de Alexandre Coura: Normas distintas devem se enquadrar em um sistema coerente, pois, segundo Habermas, a validade-dever das normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal em que se pretende algo *igualmente bom para todos*. Valores distintos, por sua vez, relacionados sobretudo à ideia do que *é bom para nós*, competem entre si por prioridade. Em tal competição, relações de preferência são estabelecidas de forma a

Por conseguinte, segundo pensamento filosófico de Habermas, o exame do conteúdo das normas controversas deve ser realizado de forma a reafirmar a relevância dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo legislativo democrático, senão, corre-se sério risco da leitura da Constituição como uma ordem concreta de valores redundar numa imposição dos valores morais de uma doutrina prevalente a toda a sociedade, com a exclusão do diálogo racional a respeito dos princípios constitucionais, imperioso para respeito ao pluralismo que marca a sociedade.

Em idêntica linha, Alexandre Courea enfatiza que a atividade jurisdicional realizada de acordo com escolha de valores, aplicando os princípios de forma gradual, como se valores fossem, viola a necessária e importante distinção entre aplicação e criação do direito, comprometendo o escudo contra o fogo criado pela compreensão deontológica dos princípios jurídicos.<sup>124</sup>

Segundo as críticas aqui explicitadas, a teoria desenhada por Alexy, assim sendo, equipara princípios e valores<sup>125</sup> e traz riscos graves da aplicação do direito na atividade judicial se tornar uma grande arena de competição por valores, sem

---

afirmar que certos bens são mais atrativos do que outros, o que se opera em um código gradual que possibilita uma concordância em distintos graus com a respectiva sentença avaliativa (COURA, 2004, p. 436-437).

124 (COURA, 2004, p. 438-439). Manifesta-se, assim, Alexandre Courea: A atividade jurisdicional orientada por valores desconsidera a distinção entre aplicação e criação do direito, contemplando o “status de uma legislação concorrente” e desconsiderando que o ponto de vista normativo deve prevalecer sobre qualquer outra finalidade ou objetivo vislumbrados na atividade jurisdicional, que não deve ser o meio para que o conteúdo teleológico ingresse no direito. [...] No mesmo sentido, Habermas demonstra a correlação entre o equívoco norma e valor e o antidemocrático pressuposto subjacente a prática decisória da Corte Constitucional Alemã de que esta deve lutar pela atualização dos valores materiais preestabelecidos, o que a transforma em uma autoritária instância de revisão da própria Constituição. Verifica-se, então, que há a possibilidade de qualquer razão assumir o caráter de argumento político – “de relevância jurídica” – em caso de conflito na aplicação do Direito. Isso compromete, segundo Habermas, o ‘escudo ou barreira contra o fogo’ estabelecido pela compreensão deontológica dos princípios jurídicos. Afinal a partir do momento que os direitos são equiparados a bens e valores, todos eles passam a competir, no mesmo nível, por prioridade na atividade jurisdicional (COURA, 2004, p. 438-439).

125 Esse trecho, extraído da obra de Alexy, explicita seu entendimento: *Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. La única diferencia consiste en que en la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de los valores* (ALEXY, 1988, p. 145).

consideração à construção legítima das normas jurídicas, realizada segundo o atendimento ao trâmite inerente ao processo discursivo.

Neste panorama, conforme pensamento de Fábio Almeida, Alexy compreende os princípios essencialmente como valores em razão de suas semelhanças estruturais, ressaltando, inclusive, que, para o filósofo tedesco, os enunciados do Tribunal Constitucional da Alemanha sobre valores podem sim ser reformulados em termos principiológicos sem empecilhos e vice-versa.<sup>126</sup>

Importa enfatizar, entretanto, que Alexy ressalta que a deontologia tem como fundamento a ideia de “dever ser”, diferentemente da axiologia que se baseia na ideia de “bem”. Com o objetivo de diferenciar princípio e valor, os princípios se relacionariam a deveres e os valores se relacionariam àquilo que é bom. Em outras palavras, para Alexy, a distinção entre princípios e valores repousa no caráter deontológico dos princípios e no caráter axiológico dos valores. O que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor, no modelo dos princípios é *prima facie* devido, como também o que no modelo dos valores é definitivamente o melhor, é no modelo dos princípios, definitivamente devido.<sup>127</sup>

Alexy subdivide o gênero norma em norma deontológica, que engloba regras e princípios, e em norma axiológica, que engloba regras de valoração e valores, e entende que a função das regras no contexto das normas deontológicas é igual à função das regras de valoração no contexto das normas axiológicas.<sup>128</sup>

Porém, não alcança seu intento de diferenciá-los, já que aplica mesma estrutura tanto aos princípios quanto aos valores, considerando-os equivalentes na tarefa de aplicação, ao estabelecer como diretriz que os conflitos entre eles serão resolvidos por meio da ponderação.<sup>129</sup>

Alexy afirma que é necessária a adoção de uma escala de valores, mesmo que não seja uma ordem “dura”, que seria capaz de resolver as colisões de direitos

---

126 ALMEIDA, 2008, p. 498.

127 ALEXY, 2008.p. 153.

128 *Ibid.*

129 ALMEIDA, 2008, p.498-499.

fundamentais. Uma ordem branda pode surgir por meio do estabelecimento de preferências *prima facie* a favor de determinados valores ou princípios ou mediante uma rede de decisões concretas de preferências.<sup>130</sup>

Ao confundir princípios e valores, Alexy é acusado de não conseguir construir uma teoria interpretativa que estabeleça parâmetros universais coerentes a serem utilizados na difícil tarefa da aplicação do direito. De sua teoria exsurge a necessidade de uma hierarquia pressuposta de valores, que pode não ser compartilhada por todos os indivíduos componentes da comunidade.

Damião de Azevedo formula alerta a respeito da fundamentação das decisões consoante valores que o juiz entender cabíveis, porquanto, ao assim proceder, o juiz “[...] acaba por impor seus próprios valores à sociedade, agindo numa espécie de tutela moral, como se sua condição de julgador lhe atribuísse um papel pedagógico aos cidadãos”,<sup>131</sup> podendo ocasionar riscos de um decisionismo.

Diante de tal conclusão, pode-se afirmar que a principal conclusão da crítica que tem sido realizada contra o modelo interpretativo de Alexy diz respeito à dificuldade do princípio da proporcionalidade trazer soluções consistentes aos desafios encontrados na aplicação das normas pelo Judiciário,<sup>132</sup> uma vez que a aplicação do Direito, embasada numa escala de valores pressuposta, olvidaria o substrato da aplicação do direito que é uma sociedade pluralista, democrática e

---

130 ALEXY, 2008.

131 AZEVEDO, 2009, p. 16.

132 Juliano Benvindo destaca que Alexy não consegue explicar o porquê de um princípio possuir maior peso abstrato do que outro, independentemente da consideração das especificidades do caso concreto, concluindo que um ponto de vista metafísico guia o balanceamento ao final. Neste sentido, cito seu raciocínio: *This might be metaphysical standpoint in Robert Alexy's theory. Indeed, there is no satisfactory explanation why one principle has a higher abstract weight than another. His conclusions are quite intriguing, especially when, for instance, he, before any case, concludes that one principle is abstractly weightier than another, as when he remarks that 'the right to life, for instance, has a higher abstract weight than the general freedom of action' (Alexy, 'On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison,' 440). It is possible to observe in this Alexy's conclusion that some categories are previously assumed even before the concrete aspects of a particular case are examined. [...] Again, there might be sort of metaphysical standpoint guiding the process of balancing whenever there is a difference in this abstract weight of principles. Still, Alexy sustains here the rationality through the specification of more criteria. These are, after all, categories, in agreement with his point of view, that the judge must accept as a way to provide objectivity and logical constitution to balancing (BENVINDO, 2010, p. 153-154).*

cambiante, que, exatamente por essas razões, não compartilha do mesmo rol de valores éticos nem da mesma lista de prioridades.

Consoante alerta de Marcelo Neves, o modelo de otimização desconsidera o noção de que a sociedade é complexa e de que o sistema jurídico traduz internamente a pluralidade existente nas esferas sociais.<sup>133</sup> Posicionar-se a favor de uma escala de valores compartilhada intersubjetivamente por todos os cidadãos poderia resultar numa perspectiva pré-moderna, que não consideraria as fortes diferenças culturais existentes nas sociedades contemporâneas, altamente plurais e complexas. Nas sociedades atuais com estas características inerentes, mostra-se inatingível que todos os cidadãos compartilhem dos mesmos valores que devem reger suas vidas. Um estabelecimento de ordem fixa de valores seria problemático com relação aos cidadãos que não concordaram com a escala fixada.<sup>134</sup>

Para Juliano Benvindo, essa equivalência entre princípios e valores pode levar o discurso jurídico a caracterizar-se como caso especial do discurso moral, o que resulta na configuração da Constituição como uma carta de valores, enfraquecendo-a e a prejudicando, ao condicionar sua concretização ao balanceamento dos princípios pelo Judiciário em prol de valores que entender relevantes no caso apresentado para julgamento.<sup>135</sup> Argumenta, ainda, que a ponderação de bens jurídicos gera o enfraquecimento do Direito, que se torna maleável de acordo com aquilo que os juízes consideram mais interessante para a comunidade, o que seria “bom para todos” num determinado caso concreto. Nesse contexto, a deontologia

---

133 NEVES, 2014b, p. 83.

134 Em idêntica linha, Fábio Almeida defende a necessidade de tratamento diferenciado entre princípios e valores: É simplesmente impossível estabelecer uma hierarquia concreta de valores a partir da jurisprudência corte constitucional, como pretende Alexy, justamente porque o estabelecimento dessa hierarquia pressuporia a imposição de uma certa ordem de valores em detrimento dos valores que são efetivamente defendidos pelos cidadãos, e isso seria opressor contra aqueles que defendem valores diferentes. É justamente por isso que princípios e valores devem ser mantidos como categorias lógicas distintas, com a prevalência dos princípios, na medida em que são razões aceitáveis por todos, ao contrário dos valores, que só são aceitos por alguns (ALMEIDA, 2008, p. 506).

135 BENVINDO, Juliano Zaiden. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Um Debate sobre os Limites da Racionalidade. In: GUERRA, Luiz. (Org.). **Temas Contemporâneos do Direito: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Guerra Editora, 2011, v. 1, p. 560-582, p. 565.

transmuda-se em simples axiologia, sem respeito à premissa da coerência institucional que rege a aplicação do direito.<sup>136</sup>

Outra crítica corrente que é formulada contra o princípio da proporcionalidade diz respeito à sugestão de utilização do gráfico da teoria do consumidor, do ótimo de pareto, para encontrar a decisão judicial que deve ser aplicada ao caso concreto, porquanto proporcionaria, ao final, uma equiparação indevida da aplicação do Direito a um julgamento moral,<sup>137</sup> uma vez que o ótimo de pareto, encontrado ao final da ponderação de interesses, seria o resultado das preferências morais do julgador, ou seja, estando os princípios concorrendo por prioridade como se valores fossem, o resultado final seria a escolha moral do julgador.<sup>138</sup>

---

136 (BENVINDO, Juliano Zaiden. Julgar por Princípios: uma Crítica ao Julgamento Político e Econômico. **Notícia do Direito Brasileiro**, v. 15, 2009, p. 155-168, p. 157-158). Juliano Benvindo traz a seguinte preocupação decorrente da aplicação da técnica da ponderação: Surge, assim, um grande risco para a democracia: a maneira de avaliar nossos valores e a maneira de decidir o que “é bom para nós” e o que “há de melhor” caso a caso, tudo isso se altera de um dia para o outro. Essa transitoriedade – que é típica de um julgamento axiológico – mostra toda a problemática de afastamento da coerência institucional (integridade) que deve reger a aplicação do direito. Ocorre, assim, um sacrifício dos direitos fundamentais em prol do valor ou interesse que o juiz considera melhor para todos, por intermédio de um método de balanceamento de “bens jurídicos” (BENVINDO, 2009, p. 158).

137 Este o raciocínio conclusivo de Damiano de Azevedo: Contudo, tal qual no gráfico da Teoria do Consumidor, não é possível descobrir aquilo que é melhor em si, mas somente o que é melhor para aquele que escolhe. O processo de decisão racional orientado por valores não revela mais que as preferências de quem julga. O conteúdo axiológico da argumentação racional inspirada na microeconomia determina o ponto ótimo de satisfação. Aquilo que é melhor decorre das preferências axiológicas de quem decide. O Ótimo de Pareto encontrado, o dever exigível alcançado pelo uso da ponderação proporcional de valores, será resultado das preferências morais do julgador, em geral, das preferências morais do juiz. Tal indeterminação é admitida por Alexy (AZEVEDO, 2009, p. 10).

138 Damiano de Azevedo elabora interessante crítica ao ótimo de pareto com base em exemplo explanado pelo próprio Alexy. Comenta, Damiano de Azevedo, o exemplo que trata de uma hipótese de aplicação de uma lei que imponha quarentena vitalícia devido a uma epidemia. Entrariam em conflito o direito à liberdade (ninguém poderia ser obrigado a uma quarentena vitalícia) e a necessidade de preservação da saúde pública, ameaçada pela doença contagiosa. Se for admitido o pressuposto de que os direitos individuais devem ser priorizados, a solução deve proteger a liberdade individual. Contudo, a teoria de Alexy não consegue demonstrar em que sentido os princípios foram aplicados simultaneamente, produzindo um ótimo de pareto. Ou a liberdade é considerada em detrimento da saúde pública ou não é. Cito seus comentários críticos a esse respeito: Ótimo de Pareto é um conceito que expressa ponderação relativa entre dois ou mais valores, mas na prática Alexy aplica um dos princípios e não esclarece como o outro pode ter sido também respeitado na mesma decisão. Não se esclarece a proporção em que o segundo princípio seria contemplado, fazendo simplesmente desaparecer um dos eixos do gráfico de ponderação e, com ele, o próprio significado de um ótimo paretiano. Não se trata de uma hipótese mal formulada nem de um exemplo mal escolhido. Trata-se de uma incoerência do método (AZEVEDO, 2009, p. 29-31).

Igualmente, consoante ressalta Fábio Almeida, segundo a teorização de Alexy, o juiz deve abstrair das especificidades do caso concreto ao decidi-lo, uma vez que as circunstâncias fáticas estariam previamente estabelecidas no plano lógico. Alexy, posiciona as condições fáticas de um caso concreto no plano lógico-deontológico, plano este no qual juiz deverá decidir a lide apresentada para julgamento. Por meio da ponderação, com esse desenho do plano lógico-deontológico, as circunstâncias fáticas do caso concreto assumem um caráter deontológico e não apenas cognitivo. Nesse passo, a teoria é criticada por não trazer resposta sobre a possibilidade de mudança da ordem de preferência estabelecida no plano lógico, caso as circunstâncias fáticas do caso concreto sejam diferentes das previamente estipuladas.<sup>139</sup> Tal sistemática desvelaria que, como realizado com o estabelecimento de ordem fixa de valores prioritários, Alexy também estabelece escala fixa de circunstâncias fáticas, dando-lhes conotação deontológica e não apenas cognitiva.

Percebe-se, dessa forma, após a explanação de críticas à metodologia de Alexy, quantas dificuldades foram apresentadas que trazem dúvidas a respeito da possibilidade da utilização de uma metodologia bem estruturada garantir, por si só, correção e coerência à decisão.

Inobstante a constatação de que a técnica da proporcionalidade é uma das mais aceitas e utilizadas para fundamentação das decisões judiciais, tal fato não pode significar a desconsideração das críticas existentes, ao contrário, essas possuem importante papel no sentido de auxiliar na construção das melhores formas de interpretação jurídica possíveis, colaborando com a relevante e desafiadora atividade da prolação da decisão judicial.

---

139 Fábio Almeida explicita a crítica da seguinte forma: Ao fazer isso, Alexy consegue, inclusive, levar as condições fáticas ao plano lógico que permite, abstratamente, definir um entendimento jurisprudencial em torno de princípios, com base no seguinte modelo: dadas as condições fáticas C1, C2, C3 e C4, P1 deve ser preferido a P2. E mais: se as mesmas condições forem apresentadas em um caso posterior, a ordem de preferência deve ser mantida no novo caso concreto (ALEXY, 2002, p. 93). Todavia, Alexy não responde se a ordem de preferência será alterada se, além de C1, C2, C3 e C4, for adicionada uma circunstância C5. Daí que seu modelo, mesmo se fosse válido, seria irrelevante, na medida em que sempre é possível adicionar novas circunstâncias fáticas não previstas na ordenação anterior, e tão relevantes quanto as anteriores. O princípio da proporcionalidade não ajuda em nada o processo interpretativo (ALMEIDA, 2008, p. 501).

No entanto, apesar das críticas teóricas à estrutura da técnica da proporcionalidade em si, questão essa longe de ser solucionada em decorrência da significativa divergência doutrinária, o que se mostra mais importante é a verificação da aplicação prática do princípio da proporcionalidade, isto é, se, no dia a dia da prática decisória do Judiciário, inobstante divergências teóricas, tal técnica interpretativa tem servido de instrumento para alcance de decisões mais fundamentadas e consistentes, ou, se ao contrário, tem significado tão somente um argumento retórico para esconder as reais motivações que embasam as decisões.

Entretanto, para entender e avaliar como se dá a aplicação prática do princípio da proporcionalidade pelo Judiciário pátrio e quais suas consequências, primeiramente, será necessário verificar como se dá realmente a produção da decisão judicial, como ocorre de fato a adjudicação constitucional, tudo com o objetivo de contextualizar a utilização da técnica de interpretação em comento e estudar seus efeitos.

### 3 USO RETÓRICO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: TENDÊNCIA DE AMPLIAÇÃO DO PODER POLÍTICO DO SUPREMO

#### 3.1 Prática da adjudicação constitucional: Crítica ao essencialismo e análise da separação entre “rights” e “remedies”

Como destacado no tópico anterior, uma grande crítica realizada contra a aplicação do princípio da proporcionalidade, tal como desenhado por Alexy,<sup>140</sup> diz respeito à possibilidade de propiciar na prática decisória a equiparação entre princípios e valores, o que significaria uma indevida usurpação pelo Judiciário da atividade de competência do Parlamento, substituindo as escolhas promovidas pelo órgão legítimo para construção de direitos e políticas públicas.

Não obstante a crítica, é importante verificar como ocorre de fato a prática decisória, se a decisão judicial tem condições de ser proferida num ambiente de isenção de análise e consideração de valores, o que pode culminar numa importante reflexão sobre o caminho trilhado pela crítica tradicional realizada à aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que há dificuldade em se imaginar que o Judiciário consiga ficar insulado dessa proximidade com os valores e com os fatos, circunscrevendo-se ao campo abstrato dos direitos.

Como já ressaltado, Dworkin faz distinção entre *principles* e *policies* (princípios e políticas públicas) para delimitar o campo de atuação do Judiciário, que se limitaria à definição dos direitos por meio da exclusiva utilização de argumentos de princípio, sem possibilidade de adentrar nos argumentos de política, que seriam de privativa competência do Parlamento,<sup>141</sup> isto é, a atividade do Judiciário deve ser realizada por meio de argumentos de princípio e não com base em argumentos fundados em programas e políticas, devendo o Judiciário circunscrever sua atividade à explicitação da definição do direito em nível abstrato.

---

140 ALEXY, 2008.

141 DWORKIN, 2010a.

Entretanto, seu pensamento recebe contundente crítica de Levinson que entende que, na prática, não é assim que a decisão judicial é elaborada, uma vez que não se consegue identificar e definir um sentido “puro” dos direitos sem considerar e avaliar outras variáveis, como preocupações com aspectos políticos. Levinson elabora a distinção entre *rights* e *remedies*, num paralelo similar ao realizado por Dworkin, que distingue *principles* de *policies* (princípios e políticas públicas) para demonstrar que essa distinção entre direitos e *remedies*, para fins de definição bem demarcada do campo de atuação do Judiciário e do Parlamento, não serve para explicar o que realmente acontece na prática decisória.<sup>142</sup>

Ele afirma que *remedies*<sup>143</sup> são projetados para atualizar o valor constitucional do direito e para incorporar considerações distintas do âmbito principiológico, configurando-se como um instrumento para a concretização do direito. Contudo, Levinson explica que a distinção entre direitos e *remedies* serve tão somente para manter a ilusão de que os direitos são definidos por Tribunais por meio de um processo místico de identificação de valores constitucionais "puros" sem levar em conta outras preocupações, que seriam relegadas com exclusividade à esfera dos *remedies*.<sup>144</sup> Como, em tese, Judiciário ficaria insulado da política, poderia se circunscrever à análise principiológica dos casos postos à sua apreciação. Ele

---

142 Transcrevo suas palavras nesse sentido de similaridade com a distinção trazida por Dworkin entre *principles* e *policies*: *Dworkin's principle/policy distinction roughly lines up with the rights/remedies distinction* (LEVINSON, Daryl J. Rights essentialism and remedial equilibration. **Columbia Law Review**, v. 99, may 1999, n. 4, p. 872).

143 Conforme entendimento extraído do texto de Levinson, *remedy* tem o sentido de regras de implementação de direitos constitucionais e de prevenção e punição em caso de sua violação, o que exige consideração do plano dos fatos, de aspectos consequenciais e pragmáticos, não se restringindo ao campo teórico. Por essa razão, a distinção entre *right* e *remedy* possui similaridade com a distinção entre *principle* e *policy* de Dworkin, pois *remedy* também impõe a necessidade de consideração de questões fáticas e políticas, o que, em tese, seria de responsabilidade e competência do Parlamento, em contraposição ao *right*, cuja definição é de competência do Judiciário. Transcrevo trecho do texto de Levinson a respeito da definição de *remedy*: *Remedies-broadly understood as rules for implementing constitutional rights and preventing or punishing their violation'-exist not in the realm of the ideal but in the realm of the concrete, not in the domain of constitutionally privileged values but in the domain of contingent facts* (LEVINSON, 1999, p. 861).

144 LEVINSON, 1999, p. 857.

denomina essa forma de pensar no sentido de separação rígida entre direitos e *remedies* de *Rights Essentialism* (essencialismo dos direitos).<sup>145</sup>

No entanto, na prática, os direitos e *remedies* estão inter-relacionados, pois a aplicação dos direitos é infectada por preocupações distintas da mera análise principiológica e abstrata, como, por exemplo, por preocupações políticas e pragmáticas, como também pela análise das consequências em caso de sua violação, não se diferenciando de forma tão rígida dos *remedies*.<sup>146</sup> Nessa senda, a pretendida distinção intransponível entre direitos e *remedies* acaba se dissolvendo na prática, não havendo diferenciação qualitativa tão robusta entre *remedies* e direitos reconhecidos judicialmente.<sup>147</sup> Esse discurso pode servir, portanto, para legitimar a atuação do Judiciário, encobrindo, no entanto, a verdadeira prática constitucional que acontece levando em conta questões pragmáticas, não se restringindo à verificação do âmbito abstrato dos direitos.

Dessa forma, Levinson entende que a distinção intensa entre direito e *remedy* obscurece a prática real da adjudicação constitucional,<sup>148</sup> uma vez que preocupações relativas aos *remedies* diuturnamente infiltram a concepção dos direitos. Em contraponto ao essencialismo dos direitos, denomina seu pensamento doutrinário de *Remedial Equilibration*, que explicita como realmente ocorre a prática decisória com a inter-relação entre direitos e *remedies*.<sup>149</sup> Se essencialistas

---

145 A respeito dessa temática, Levinson assevera que: *Rights essentialism assumes a process of constitutional adjudication that begins with judicial identification of a pure constitutional value. The pure value is then corrupted by being forced into a remedial apparatus that translates the right into an operational rule applied to the facts of the real world. Because the value is inevitably distorted and diluted by the process of putting it into operation, judges and scholars should always be careful to distinguish the true constitutional right from judicial application of the right in the course of constitutional adjudication. The pure right can be viewed clearly only in the abstract, for in the real world the right itself will be realized imperfectly at best* (LEVINSON, 1999, p. 858).

146 LEVINSON, 1999, p. 901.

147 Nesse sentido, Levinson explica que: *This illusion is fundamental to the selfimage and perceived legitimacy of constitutionalism and judicial review. In the actual practice of constitutional adjudication, however, the qualitative distinction between rights and remedies blurs, or even dissolves. No less than in contract and property law-where from Holmes to Calabresi and Melamed we have recognized that rights and remedies are functionally interrelated- rights and remedies in constitutional law are interdependent and inextricably intertwined* (LEVINSON, 1999, p. 857).

148 LEVINSON, 1999, p. 909.

149 Segue trecho esclarecedor de Levinson a respeito desse tema: *Viewing constitutional law through lens of remedial equilibration reveals a very different picture than the one painted by rights essentialism. Rights Rights-essentialist doctrine and theory depends on the premise that rights and*

estivessem corretos, direitos seriam definidos pelo Judiciário e *remedies* pelo Parlamento de forma exclusiva, porém, não é assim que a prática se dá, mesmo que se entenda que pode não ser o ideal para a aplicação dos direitos. Mas desconsiderar tal realidade pode significar a legitimação do discurso de supremacia do Judiciário como prolator da última palavra institucional, pois estaria insulado da política, decidindo por meio da consideração apenas do entendimento “puro” do direito, no âmbito abstrato, sem qualquer incursão de questões políticas nesse proceder.<sup>150</sup>

Dessa forma, imaginar que é possível impedir de forma absoluta que o Judiciário analise e leve em consideração valores, isto é, questões distintas dos direitos em abstrato, no momento da prolação da decisão, significa desconsiderar o que se passa na realidade da prática judiciária. Não se está aqui a afirmar nem a estimular que a prática decisória deva ser realizada com certa participação judiciária na definição de políticas públicas, o que se está a explicitar, na verdade, é que um grau de interação entre direitos e *remedies* existe e que tal fato não pode ser olvidado pela doutrina, até para viabilizar um estudo crítico fidedigno com o que acontece na realidade e para propiciar propostas de imposição de limites à atuação do Judiciário, caso seja necessário.

Afigura-se muito importante, portanto, entender que esse é o contexto em que é utilizada a técnica do princípio da proporcionalidade, como um dos principais instrumentos para alcance da decisão no cotidiano do Judiciário pátrio. Se esse é o contexto em que a decisão judicial é produzida, onde não se consegue deixar o

---

*remedies are in important ways incommensurable entities. In contrast, remedial deterrence and incorporation teach that concerns about remedies routinely infiltrate rights, either by influencing how rights are defined or by becoming part of the definition. Remedial substantiation, moreover, teaches that for most practical purposes, remedies control the value of constitutional rights. As a comprehensive understanding of constitutional law, remedial equilibration emphasizes that rights and remedies operate as part of a single package* (LEVINSON, 1999, p. 913-914).

150 Levinson destaca que, se essencialistas estivessem corretos, seria acertada a interpretação do famoso julgamento *Marbury versus Madison* num sentido forte, de intensa supremacia da Corte para dizer o que a Constituição é. Suas palavras: *If, as rights essentialism assumes, constitutional rights exist in a separate realm from-and can be defined without reference to-remedies, then allocating the power of definition to courts and the power of enforcement to Congress makes basic sense. Courts can maintain the strong Marbury power to say what the Constitution 'is', taking advantage of their insulation from majoritarian pressure to engage in principled constitutional interpretation* (LEVINSON, 1999, p. 914).

Judiciário insulado de forma absoluta da consideração de outras variáveis, não se circunscrevendo à análise do direito em abstrato, ressoa, portanto, o questionamento a respeito da forma como a técnica tem sido empregada e de sua utilidade nessa seara de possibilidade do Judiciário decidir além de uma limitada verificação abstrata do conteúdo do direito.

Porém, antes de verificar tal aplicação, é necessário investigar a relação existente entre o Judiciário, sobretudo as Cortes constitucionais, e a política, que pode influenciar sobremaneira o funcionamento do Judiciário e o contexto no qual o princípio da proporcionalidade é aplicado.

### **3.2 Jurisdição constitucional e política: Caracterização do Judiciário como ator político na definição dos principais rumos do Estado**

Há opinião tradicional da doutrina no sentido de que o Judiciário é apolítico e que suas decisões baseadas em técnicas interpretativas podem garantir imparcialidade e distanciamento da política.<sup>151</sup> Entretanto, essa assertiva não se mostra incontroversa, eis que o Judiciário configura um intérprete a mais dentro de um jogo político complexo e não o único que realiza a interpretação constitucional. A última palavra sobre direitos configura um dilema na democracia, mas é preciso desmistificar as premissas em prol da primazia do Judiciário, com objetivo de promover uma visão acurada a respeito da dinâmica necessária entre os Poderes para desenvolvimento da democracia. Em outras palavras, exige reflexão crítica o discurso naturalizado de que o Judiciário é o fórum adequado para decisão última no que diz respeito aos conflitos entre direitos em decorrência de sua imparcialidade, que garantiria o seu insulamento da política.

---

151 PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Tese (Doutorado em Direito). USP. São Paulo, 2007, p.19.

O Supremo não está fora da política,<sup>152</sup> ao contrário, comporta-se como um ator político ao participar da definição dos rumos que devem ser trilhados pela sociedade e pelo Estado.<sup>153</sup> Consoante alerta Leonardo Paixão, o Poder Judiciário não faz política partidária, porém, exerce função política quando interpreta a Constituição no que se refere aos relacionamentos entre União e Estados-membros, à proteção dos direitos fundamentais e à apreciação dos atos dos demais órgãos detentores do poder.<sup>154</sup> Adverte, ainda, que a afirmação de que o Judiciário é um órgão neutro e, por essa razão, excluído da atuação política, dificulta uma melhor compreensão da vida institucional no nosso país.<sup>155</sup>

Impende asseverar que a possibilidade de realizar o controle concentrado de constitucionalidade e o extenso rol de direitos e princípios fluidos inseridos em nossa Constituição consubstanciam razões propulsoras de uma ingerência política por parte do Supremo. Neste cenário, Gilberto Bercovici ilustra que não se pode entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas, donde se extrai a assertiva de que as questões constitucionais são também questões políticas.<sup>156</sup> Conforme raciocínio de Dieter Grimm, a relação de tensão entre direito e política é insuprimível, sobretudo na seara da jurisdição constitucional

---

152 Neste diapasão, Alexandre Coura assevera que o afastamento das Cortes da política é um argumento difícil de sustentar, especialmente com relação ao Supremo que “[...] passou a ser o principal palco de debate de questões de ‘elevado desacordo moral’, além de se imiscuir na esfera de atuação dos demais Poderes a fim de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais” (COURA, 2014, p. 338).

153 (PAIXÃO, 2007, p. 11). Conrado Mendes ilustra que a participação da Corte na política não consegue ser apreendida pelas teorias de interpretação: A participação da corte na política é mais sutil e imaginativa do que o senso comum admite. Não se trata somente de aplicar o direito ou proteger a sociedade contra suas fraquezas e vicissitudes, mas também de criativamente liderar a agenda pública sobre temas amortecidos e dormentes, apontar horizontes e provocar reações. Nada disso é captado por teorias da interpretação, que não nos permitem ler a rica teia estratégica em que a corte está enredada (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117).

154 (PAIXÃO, 2007, p. 65). Convém explicitar que, para Leonardo Paixão, a função política do Estado é a atividade que órgãos instituídos pela Constituição exercem no âmbito de sua competência, tendo por objetivo preservar a sociedade política e promover o bem comum, e que consiste em determinar, mediante a livre interpretação de normas constitucionais, o que é o interesse público e quais são os meios necessários à sua implementação (PAIXÃO, 2007, p. 51).

155 PAIXÃO, 2007, p. 11

156 BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: Uma Relação Difícil. Lua Nova: **Revista de Cultura e Política**, n. 61. São Paulo: 2004, p. 23-24.

que atua na interface do direito e política, onde reside um perigo não insignificante de decisões políticas em uma roupagem com forma de justiça.<sup>157</sup>

Conforme leciona Friedman, o Judiciário não está insulado da política, na verdade, os juízes são diuturnamente influenciados pelas forças políticas e ideológicas presentes na sociedade.<sup>158</sup> Adverte que direito e política não se confundem nem devem ser consideradas como tal, entretanto, a história sugere que uma estrita separação entre direito e política é implausível.<sup>159</sup> Não se confundem nem são totalmente separados, são, na verdade, simbióticos, o que parece ser mais interessante do que a separação absoluta em virtude dos compromissos com responsabilidade política (*accountability*) e com o sistema de freios e contrapesos.<sup>160</sup>

O autor enumera quatro hipóteses, denominadas de círculos concêntricos de influência, que interferem na atividade judicial, quais sejam, a interação estratégica com outros juízes em um Tribunal colegiado; pressões impostas pelos juízes de instâncias inferiores que tenham seus próprios posicionamentos; lutas com outros Poderes com implicações políticas importantes; e, por último, a opinião pública.<sup>161</sup> Além disso, importa, ainda, ressaltar que há outras variáveis que influenciam decisivamente as decisões do Supremo que precisam ser consideradas, como os

---

157 (GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 09-17). Transcrevo raciocínio esclarecedor de Dieter Grimm: Todavia, a Constituição não pode realizar uma total juridicização da política. Se for tarefa da política adaptar a ordem social a exigências variáveis, ela necessita então de uma área de atuação que a Constituição pode delimitar de maneira diferenciada, mas não suprimir totalmente. A política como produtora do direito positivo transcende necessariamente este. Por conseguinte, a Constituição não elimina a política, apenas lhe coloca uma moldura. Em contrapartida, uma política totalmente juridicizada estaria no fundo despida de seu caráter político e por fim reduzida à administração. No entanto, a regulamentação da política pelo direito constitucional também se encontra limitada em seu alcance. As Constituições podem fixar condições para decisões políticas, mas não lhes é possível normatizar antecipadamente também o insumo para o processo decisório (GRIMM, 2006, p. 10).

158 FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review, **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, 2005, p. 258.

159 *Ibid.*, p. 264.

160 *Ibid.*, p. 333.

161 (FRIEDMAN, 2005, p. 263). Friedman enfatiza que direito e política são integrados, embora muitas vezes de formas complexas e ainda não completamente compreendidas. Suas palavras: *Even though judges might take law seriously, it does not keep them from voting their own values, at least in some critical cases. When judges face constraint, it often comes in the form of pressure from other institutions. The decisions of courts are influenced by the institutional structure in which they are embedded. Law and politics are thus integrated, albeit often in complicated and as yet incompletely understood ways* (FRIEDMAN, 2005, p. 330).

bastidores políticos, não estando totalmente distanciado dos lobbys e do ambiente social.<sup>162</sup>

Frente a este cenário, Conrado Mendes critica a conclusão de que a Corte é o órgão que pode garantir o alcance das respostas corretas acerca da proteção dos direitos, porquanto não está fora da política e não está imune ao conflito ideológico,<sup>163</sup> bem ao contrário, não é neutra como se supõe, sobretudo ao interpretar a Constituição em virtude das controvérsias a respeito do entendimento sobre os direitos.

Ademais, vale ressaltar que há um fato importante que estimula a participação política do Supremo na definição dos principais rumos da sociedade, qual seja, a conduta dos outros Poderes, tanto o Legislativo quanto o Executivo, também, em algumas situações, relegam a função de conceder a palavra final ao Judiciário por lhes ser conveniente politicamente. E isso tem sido muito comum no jogo político realizado em nosso país, ou porque os outros Poderes da República entendem ser interessante não enfrentar a responsabilidade advinda de alguma decisão polêmica<sup>164</sup> ou por não terem conseguido vencer a batalha na arena política e, de consequência, incluem o Judiciário no jogo político para tentarem reverter o resultado a seu favor.

---

162 Neste sentido, pronuncia-se Juliano Benvindo: Assim, por exemplo, é altamente falacioso acreditar que o Judiciário é meramente um poder técnico e, desse modo, alheio à política, aos jogos de poder, como se o âmbito do direito discutido pelos tribunais fosse o local da sabedoria, da dignidade interpretativa, da racionalidade, enquanto que o a política seria um mundo sombrio, imprevisível, caótico e irracional. Do mesmo modo, a partir de exemplos vários, fica nítido o quanto as influências do ambiente social, dos lobbys, dos demais poderes, transformam a própria compreensão do que normalmente se associa à atividade judicante, que avança cada vez mais para um propósito de criação do direito em abstrato e também do estabelecimento de políticas públicas, em decisões que o aproximam das funções típicas dos demais poderes (BENVINDO, Juliano Zaiden. **A "Última Palavra", o Poder e a História: O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro.** Brasília: 2013, p. 3).

163 MENDES, 2011, p. 96.

164 Neste diapasão, leciona Conrado Hübner Mendes: Às vezes, é improvável que o parlamento assuma a responsabilidade política por certas decisões. Delegar e livrar-se desse ônus lhe pode ser mais cômodo e conveniente (MENDES, 2011, p. 124). Tushnet também destaca essa questão ao reconhecer que a revisão judicial é estimulada pelos outros Poderes para alcançarem seus próprios interesses. Em suas palavras: *Political leaders often find judicial review a convenient way to hand off hard decisions to someone else. Abolishing judicial review conflicts with those politicians' interests* (TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts.** Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 173).

Algumas decisões altamente controversas e sensíveis para a sociedade não são decididas na arena própria que seria o Parlamento, onde os cidadãos teriam ampla oportunidade de divergir e debater os temas, com maior participação de ampla gama de interessados e inclusão dos mais variados argumentos, diferentemente do que ocorre no processo judicial, onde a discussão se limita às partes e aos argumentos por elas trazidos. E o próprio Parlamento, em inúmeras situações, como na questão das uniões homoafetivas ou do aborto de anencéfalos, não quer assumir o ônus político de tomar decisão que desagradará grande parcela da população. Todavia, essa constatação da postura adotada em algumas situações pelo Parlamento ou Executivo, não quer dizer que seja acertada, eis que não contribui com a democracia e com os interesses dos cidadãos.

Além da vontade deliberada dos Poderes Executivo e Legislativo no sentido de transferir a decisão final para o Judiciário em diversas questões essenciais para o país<sup>165</sup> para atingir seus próprios interesses, o fato destes Poderes serem fracos em seu papel político de construção das políticas públicas imprescindíveis para o país propicia o inevitável agigantamento e fortalecimento do Judiciário no sentido de uma postura mais intervencionista, já que passa a atuar nos vazios institucionais deixados pelos poderes representativos.

De toda forma, não se pode descurar dos riscos que podem ser provocados à sociedade pela atuação política do Judiciário, o que denota a importância de uma

---

165 Segundo Hirschl, os Poderes Executivo e Legislativo transferem estrategicamente com frequência para o Judiciário a responsabilidade política de decisão sobre alguma questão importante para a sociedade, uma vez que, além da chance de viabilizar o sucesso de sua empreitada influenciando o Judiciário, a decisão final terá mais legitimidade em razão da imparcialidade política, expertise e retidão do Judiciário, consolidadas socialmente. O autor em epígrafe, nesse sentido, aduz que: *The judicialization of politics through the constitutionalization of rights and the empowerment of courts may serve the interests of political power holders in at least four principal ways. First, hegemonic elites, as well as political and economic power holders who possess disproportionate access to and influence upon the legal environment, may promote their interests by transferring political disputes from majoritarian decision-making arenas, in which particularistic interests are often attributed to individual participants, to the professional judiciary, whose actions seem to be circumscribed by objective rules. These transfers take advantage of the expertise, rectitude, and political impartiality often attributed to courts. The second way that political power holders may profit from an increasing judicialization of politics is that politicians may encourage a transfer of power to the judiciary in order to divert responsibility to the court* (HIRSCHL, Ran. **The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization**: Lessons from Four Constitutional Revolutions. Estados Unidos: Heinonline: 2000, p. 104).

reflexão séria acerca dessa relação para coibir as interferências perniciosas. Como sugere Juliano Benvindo, um melhor remédio para tais riscos é a conformação da política ao aprendizado democrático-constitucional.<sup>166</sup> Adverte, ainda, o autor em foco que: “Se não há democracia por trás da política, ela perde em legitimidade; se não há constitucionalismo por trás da política, ela perde seus limites, sua consistência e coerência históricas.”<sup>167</sup>

Dessa forma, a reflexão sobre a política precisa permear seriamente o estudo sobre o constitucionalismo e o Judiciário. A política tem de ser reconhecida como fator influenciador da dinâmica do Judiciário para melhor avaliação crítica do contexto da prática decisória. Diante de tais conclusões no sentido de que a prática decisória não consegue ser realizada de forma abstrata sem consideração de preocupações políticas e pragmáticas, não havendo distinção rígida entre *rights* e *remedies*, bem como de que o Judiciário, destacadamente a Corte constitucional, não atua de forma totalmente distanciada da política, a análise da aplicação do princípio da proporcionalidade tem de ser realizada levando-se em conta esse contexto, sob pena de não se ter a real dimensão de suas consequências e de sua utilidade.

### 3.3 Riscos do uso retórico do princípio da proporcionalidade

Após verificação do contexto no qual se desenvolve a prática decisória e é implementado o princípio da proporcionalidade, passa-se agora à análise a respeito de como realmente é aplicada essa técnica interpretativa, se a técnica, tal como

---

166 (BENVINDO, Juliano Zaiden. Fundo Social do Pré-Sal: Entre a Promessa e o Desafio da Inclusão do Outro. **Revista Pensar**, v. 17, n. 1, 2012, p. 210-228, p. 226). Juliano Benvindo descreve a importância da tensão produtiva entre constitucionalismo e democracia: Ambos, constitucionalismo e democracia, como paradoxos necessários, transformam a política em um processo de deliberação contínua, em um diálogo institucional amplo. Ambos evitam que a política se torne um jogo de arbitrariedades. Ambos evitam que a política se torne um jogo de estratégias arbitrárias, em que a descontinuidade é a regra (BENVINDO, 2012, p. 226).

167 BENVINDO, 2012, p. 226.

desenhada por Alexy,<sup>168</sup> é realizada, ou se ocorre sua utilização retórica, como instrumento legitimador do discurso.

Para tal desiderato, é interessante expor o pensamento doutrinário de Richard Pildes que estudou a adjudicação constitucional nos Estados Unidos e no Canadá para identificar como a técnica da proporcionalidade, que ele chama de balanceamento, realmente ocorre na prática. A intenção do autor foi demonstrar como a prática do constitucionalismo Americano é incompreendida tanto pelos acadêmicos quanto pelos juízes, não havendo a percepção fidedigna de como realmente são elaboradas as decisões judiciais e alcançados seus resultados.<sup>169</sup>

Com o objetivo de explicar seu pensamento jurídico, Richard Pildes traz explanação acerca da concepção de direitos que seria utilizada na prática decisória, segundo entendimento de diversos acadêmicos e juízes, denominada por ele de concepção atomística dos direitos, com relação à qual o balanceamento emerge como técnica interpretativa que viabilizará a solução do conflito. Em contraponto à concepção atomística, o autor apresenta a concepção estrutural dos direitos que, em sua opinião, melhor explica a real forma de construção da decisão judicial, como será exposto.<sup>170</sup>

Para o autor, a denominada concepção atomística recebe grande influência da teoria de Dworkin que concebe os direitos como trunfos contra o interesse coletivo definido pelo Estado, no entanto, o pensamento dworkiano se distanciaria do que acontece na prática, uma vez que o Estado pode infringir direitos se houver razões suficientemente justificáveis para tanto,<sup>171</sup> bem como em razão do fato de que a proteção de direitos individuais pode servir para a proteção dos interesses coletivos (o bem comum).<sup>172</sup> Essa explicitação do que se dá na prática decisória, denominada

---

168 ALEXY, 2008.

169 PILDES, Richard H. The structural conception of rights and judicial balancing. **Review of Constitutional Studies**, v. VI; n. 2, p. 182, 2002.

170 *Ibid.*

171 *Ibid.*, p. 134.

172 Nesse sentido, trago esclarecedor trecho do autor sobre sua ideia de que os direitos são melhor entendidos como meios para realização de interesse coletivos, pois seu conteúdo é definido levando em consideração esses interesses: *An alternative account of the way rights work - one I will call a structural conception - is more closely tied to these features of actual constitutional*

pelo autor de concepção estrutural dos direitos, significa que, na adjudicação constitucional americana, não ocorre um embate entre um direito individual e um interesse coletivo, que caracterizaria o espaço propício para a resolução da problemática por meio do balanceamento, mas sim as Cortes determinam os objetivos dos direitos por meio da análise da correção ou não das limitações impostas pelo Estado, isto é, por meio da consideração das justificações apresentadas para a restrição dos direitos.<sup>173</sup>

Por meio da concepção estrutural de direitos, os direitos devem ser entendidos como meios para delimitar as fronteiras entre interesses coletivos distintos, definindo seu campo de atuação, tendo em conta que são estruturados por diferentes conjuntos de normas constitucionais. Quer dizer: a Corte interpreta o conjunto de normas constitucionais que estruturam determinado direito para verificar se determinada restrição tem justificativa, sendo essa concepção de direitos a que melhor descreve como se desenvolve a prática constitucional americana.<sup>174</sup>

Para explicar sua concepção estrutural dos direitos, Richard Pildes apresenta o conceito das razões excludentes (*“exclusionary reasons”*) que significam as justificações inadmissíveis apresentadas pelo Estado para restrição dos direitos, isto é, são as razões específicas inadequadas que não se coadunam com a estrutura normativa de determinado direito.<sup>175</sup> Vê-se que as razões são consideradas inadmissíveis caso seja identificada a inconstitucionalidade da restrição, em decorrência da insuficiência e inconsistência das justificativas apresentadas, não ocorrendo na prática qualquer balanceamento entre interesses contrapostos.

A adjudicação constitucional, portanto, segundo o raciocínio de Richard Pildes, dá-se por meio de um processo qualitativo e não por meio de um processo

---

*practice. The reason that courts determine the scope of rights with reference to the justifications government offers for limiting them is that rights are not best understood as trumps for individual interests over collective interests. Instead, rights are better understood as means of realizing certain collective interests; their content is defined with reference to those interests. Rights do protect the interests of individual right claimants, but not only these interests. An intended and justifying consequence of rights is that through protecting the interests of specific plaintiffs, rights also realize the interests of others, including collective interests (PILDES, 2002, p. 184).*

173 PILDES, 2002, p. 184.

174 *Ibid.*, p. 212.

175 *Ibid.*, p. 189-190.

quantitativo, como se dá com o balanceamento, que pretende atribuir pesos a objetos incomensuráveis.<sup>176</sup> A definição das razões excludentes caracteriza-se como uma atividade qualitativa, pois se exige da Corte a avaliação das justificações da ação do Estado frente aos princípios que edificam a estrutura normativa única de determinado interesse coletivo.<sup>177</sup>

Para esse autor, dessa forma, na prática do constitucionalismo americano, não ocorre realmente o balanceamento entre direitos na tomada da decisão judicial, na verdade, são realizados esforços para definir as razões que são inadmissíveis e que não devem embasar as decisões do Estado que atinjam direitos, sendo essa a prática que melhor define o processo judicial de construção da decisão e não a retórica do balanceamento.<sup>178</sup> A atribuição do resultado decisório final à utilização do balanceamento obscurece o real processo de alcance da decisão, uma vez que, na prática, o Judiciário aprecia a legitimidade das justificações da restrição imposta ao um direito e não realiza um balanceamento dos pesos dos interesses em oposição.<sup>179</sup>

Por fim, Richard Pildes entende que o enigma do balanceamento mais confunde do que clarifica o processo de decisão judicial, já que a forma pela qual se desenvolve ainda configura um mistério por não restar claro como pode ser realizado diante de direitos incomensuráveis, bem como de que modo é determinado o peso

---

176 PILDES, 2002, p. 212.

177 Suas palavras: *Defining excluded reasons is instead a qualitative task, one that requires courts to evaluate the justifications for public action against the principles that give different common goods their unique normative structure* (PILDES, 2002 p. 211).

178 (PILDES, 2002, p. 179). Richard Pildes esclarece seu raciocínio na seguinte passagem: *This understanding of rights does not entail the kind of balancing often thought to characterize constitutional adjudication. Rather than weighing the interests of the individual with those of the state, courts evaluate the reasons for state action in different spheres. No balancing of the conventional sort occurs, for this exclusionary-reasons approach simply requires courts to identify whether government action has been justified by one of these prohibited reasons. My argument is that this approach - this conception of the way rights actually function - better characterizes much of constitutional decisionmaking than does the more familiar balancing alternative* (PILDES, 2002, p. 190).

179 Segue pensamento de Richard Pildes sobre o fato do uso retórico do balanceamento obscurecer a real tomada de decisão: *As a result, in our understanding of constitutional adjudication, we can see how balancing rhetoric often obscures a decision making process better characterized as the judicial definition of impermissible justifications or excluded reasons* (PILDES, 2002, p. 212).

atribuído aos direitos,<sup>180</sup> além de ter verificado que tal técnica interpretativa não ocorre efetivamente na prática decisória da Corte americana, sendo utilizada de forma retórica.

Tal percepção a respeito de como se dá efetivamente a construção da decisão judicial no âmbito da Corte americana traz importante alerta sobre a possibilidade do uso retórico do balanceamento, sugerindo uma reflexão acerca do processamento dessa técnica interpretativa no contexto judiciário brasileiro, se é utilizada de forma retórica, podendo obscurecer as reais motivações das decisões judiciais.

Em idêntica linha, no âmbito da doutrina brasileira, Marcelo Neves elabora interessante análise sobre os riscos do uso retórico dos princípios e da técnica da ponderação, que pode acarretar prejuízos para a consistência jurídica, uma vez que o afastamento de regras, por meio da invocação retórica de um princípio em nome da justiça, serve à acomodação de interesses concretos e particulares em detrimento da força normativa da Constituição, sobretudo em uma sociedade complexa da qual surgem variadas leituras do significado dos princípios.<sup>181</sup>

Aborda, também, que os prejuízos são ainda mais graves para a autoconsistência constitucional do sistema jurídico com o manuseio maleável do modelo da ponderação, que culmina um casuísmo descomprometido com a Constituição, caracterizando um verdadeiro estilo *ad hoc* de argumentação.<sup>182</sup>

Marcelo Neves ilustra, ainda, que essa forma de atuar pode favorecer decisões com “valor surpresa”, porquanto as decisões resultantes dessa técnica interpretativa, em geral, caracterizam-se pelo casuísmo, o que prejudica a sedimentação de uma jurisprudência uniforme.<sup>183</sup> Com relação a esse tema, transcrevo trecho elucidativo desse autor:

---

180 Cf., PILDES, 2002, p. 188.

181 NEVES, 2014b, p. 191.

182 *Ibid.*, p. 201.

183 *Ibid.*, p. 199.

Os princípios, ao contrário, como estrutura de reflexividade, que nunca, em si mesmo, alcança definitividade, podem mais facilmente ser articulados para encobrir soluções que minam a consistência da ordem jurídica a favor de interesses particularistas que pressionam a solução do caso. Ou seja, os princípios são mais apropriados a abusos no processo de concretização, pois eles estão vinculados primariamente ao momento de abertura cognitiva do direito. [...] E essa situação se torna mais forte com a introdução de outro ingrediente: a ponderação desmedida. Os remédios para o excesso de consistência jurídica que decorreria do funcionamento de regime de regras tornam-se venenos (ou drogas alucinógenas) no contexto de uma prática juridicamente inconsciente, que atua ao sabor de pressões sociais as mais diversas.<sup>184</sup>

Portanto, por meio da potencialização dos contornos menos nítidos entre as regras e princípios, pode se permitir a construção do texto constitucional com primazia das preferências axiológicas de seus prolatores, o que não se coaduna com o papel esperado do Judiciário em razão do desenho institucional que lhe foi conferido pela Constituição, que não deve significar que pode funcionar como substituto das escolhas axiológicas realizadas pelo Parlamento.

Dessa forma, diante da constatação, analisada no tópico precedente, de que a prática decisória pode ser influenciada por preocupações políticas e pragmáticas em virtude da ausência de distinção rígida entre *rights* e *remedies*, bem como de que a Corte constitucional não consegue atuar de forma totalmente distanciada da política, inobstante os sérios riscos e possíveis prejuízos para a democracia que esses fatos possam causar, mostra-se de extrema relevância verificar se a técnica da proporcionalidade é utilizada de forma retórica pelo Supremo nesse contexto de riscos de usurpação de competência e de substituição da decisão tomada pelo Parlamento. Portanto, nesse contexto delicado, a construção da decisão judicial de forma transparente e consistente é de imperiosa necessidade para não serem encobertas as reais razões das decisões judiciais.

---

184 (NEVES, 2014b, p. 190-191). Marcelo Neves, ao destacar que as regras tem primazia sobre os princípios que se encontram formalmente no mesmo grau hierárquico, acentua que: Caso sempre se pudesse recorrer a princípios constitucionais, em nome da justiça, para afastar regras constitucionais, chegaríamos a um modelo em que o critério direto e definitivo seria sempre afastável *ad hoc* pelo critério mediato da solução do caso, levando à falta de consistência da ordem jurídica, diluída no social com base em substantivismo principiológico, desastroso em uma sociedade complexa (NEVES, 2014b, p. 192).

### **3.4 Reanálise dos casos concretos selecionados: Crítica à fundamentação construída pelo Supremo**

Volto agora à análise dos casos concretos selecionados no primeiro capítulo, as ADIs nº 3.112, sobre o Estatuto do desarmamento, nº 3.510, sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias, e nº 2.240, que tratou da criação de Município com infringência de normas constitucionais, para verificar como foi produzida a decisão judicial e se a técnica da proporcionalidade foi utilizada ou aplicada de forma retórica para legitimar o discurso.

Com relação à ADI nº 3.112, por meio da qual foi questionada a constitucionalidade do Estatuto do desarmamento, cabe observar que foi apresentado o princípio da proporcionalidade como técnica interpretativa justificadora da conclusão de prevalência da presunção de inocência em detrimento de um maior espectro de punibilidade do réu, que reverteria em prol da segurança pública. Nesse caso, apesar da alegada utilização do princípio da proporcionalidade, foi observado que, na prática, não houve uma fundamentação consistente com consideração de todas as nuances da questão, já que houve a aceitação da premissa de que a inadmissibilidade da liberdade provisória e a inafiançabilidade ferem a presunção de inocência de forma silogística sem o necessário enfrentamento do teor do inciso LXVI do art. 5º da Constituição, que autoriza o legislador infraconstitucional a criar hipóteses de inafiançabilidade e proibição de liberdade provisória, concedendo-lhe liberdade de conformação nessas áreas.

Além disso, houve desconsideração do intuito principal do Estatuto do desarmamento que é promover melhores condições para incrementar a segurança pública e a paz social, tendo havido sobre esse tema intenso debate no Parlamento, espaço legítimo para a construção dessa política pública, com participação de diversos atores sociais e com obtenção de alto grau de aprovação no Parlamento,

como destacado no segundo tópico do primeiro capítulo.<sup>185</sup> Vê-se que foram realizadas assertivas a respeito do princípio da proporcionalidade, sem aprofundamento ou explicitação de como o dito balanceamento foi realizado, além do mais, questões subjacentes de extrema importância, como a existência de autorização constitucional para a conformação do legislador, não foram enfrentadas, o que denota que a fundamentação não foi consistente, não considerando todas as variáveis, servindo o princípio da proporcionalidade tão somente de argumento retórico para justificar o posicionamento.

No que diz respeito ao caso da ADI nº 3.510, que trata das pesquisas de células-tronco embrionárias, foi verificado no terceiro tópico do primeiro capítulo que o princípio da proporcionalidade foi invocado com o objetivo de ampliação de competência do Supremo, pois, apesar de não ter havido a declaração de inconstitucionalidade da lei, foram propostas, em diversos votos, inúmeras regras adicionais, com sugestão até de criação de nova hipótese de crime,<sup>186</sup> além de

---

185 Outro exemplo que merece citação, no qual também houve intenso e plural debate sobre a construção da legislação, é o caso julgado por meio da ADI nº 4.424, que impugnou os artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Tal lei estabeleceu que o crime de lesão corporal leve cometido contra mulher em situação de violência doméstica ou familiar deveria ser processado por ação pública condicionada à representação da vítima e não mediante ação pública incondicionada, como decidiu, ao final, o Supremo, tendo havido argumentação com base no princípio da proporcionalidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.424/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 09.02.2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3897992>. Acesso em 25 abr. 2014). No caso em tela, houve amplo debate na seara parlamentar, pois o regramento legal foi elaborado por Grupo de Trabalho Interministerial, integrado por pelo menos 08 (oito) órgãos do Poder Executivo, incluindo a Secretaria Especial de Política para as Mulheres e Secretaria Especial dos Direitos Humanos, ambas da Presidência da República. Também houve a participação do Consórcio de Organizações Não-Governamentais Feministas, além de ter sido objeto de inúmeros debates, seminários e oficinas. Bem assim, foi analisado e discutido por diversas comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Posteriormente, foi aprovado nas Casas Legislativas e, por fim, sancionado pelo Presidente da República. Essas informações foram encontradas no site oficial da Câmara dos Deputados (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Informações sobre o tramite da Lei nº 11.340/2006**. 2006. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=0F3E60E51F424F3744F8B2BAA639DD15.proposicoesWeb1?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0F3E60E51F424F3744F8B2BAA639DD15.proposicoesWeb1?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004). Acesso em 06 mar. 2015). O amplo debate ocorrido em âmbito parlamentar traz o questionamento acerca da legitimidade do Supremo, via controle concentrado, em substituir a decisão tomada, extirpando a discricionariedade da mulher em apresentar ou não denúncia em caso de violência doméstica ou familiar. Além disso, o resultado do julgamento do Supremo foi o oposto do posicionamento já consolidado no STJ, que é decorrência da construção de análise de julgados de todo o país.

186 Mais um exemplo bastante sintomático, no sentido de criação de regras pelo Supremo, é o caso da criação de nova hipótese de perda de mandato parlamentar, distinta das hipóteses previstas no

determinação de variadas atividades e condicionantes administrativas, não previstas na lei, como a obrigatória submissão a um Comitê de ética em âmbito administrativo, também não previsto na legislação, o que demonstra um objetivo de usurpação de atividades legislativas e administrativas que não são de sua competência.<sup>187</sup> Nesse caso, percebe-se que o princípio da proporcionalidade foi utilizado de forma retórica, eis que sua menção traz uma suposta racionalidade e isenção à decisão, já que teria sido alcançada por meio de uma técnica interpretativa.

Contudo, na verdade, a tomada de decisão embasada em sua utilização obscurece as reais pretensões do julgamento e exacerba os riscos de uma atuação mais invasiva do Supremo. Percebe-se, nesse caso em análise, que o princípio da proporcionalidade pode ser caracterizado como um importante instrumento legitimador de um discurso de agigantamento do Supremo, pois se mostrou um meio adequado para ampliação de competência, com aparência de técnica isenta e racional.

---

art. 55, da Constituição. Por meio do julgamento dos MS nº 26.602/DF, MS nº 26.603/DF, MS nº 26.604/DF, foi decidido que os partidos e coligações partidárias têm o direito de manter as cadeiras parlamentares que tenham obtido no processo eleitoral, em virtude de eleição pelo sistema proporcional, quando o deputado, após o pleito, decide mudar de agremiação política. Como consequência, dá-se a perda de mandato por parte do deputado que, injustificadamente, mudou de partido, após o pleito eleitoral, bem como ocorre o preenchimento da vaga por suplente que se encontra na lista do partido ou coligação de origem (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS n.º 26.603/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 04.10.2007. 2007c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2513846>. Acesso em: 25 abr. 2015).

187 Outro significativo exemplo de ampliação da competência do Supremo por meio da criação de novas normas é o caso da Pet. 3.388-4/RR, por meio da qual o STF julgou improcedente ação popular, que objetivava a anulação da Portaria do Ministério da Justiça nº 534/2005, homologada pelo Presidente da República em 15 de abril de 2005, que trata da demarcação da terra indígena denominada “Raposa Serra do Sol”, localizada no Estado de Roraima. A decisão do Tribunal foi favorável à manutenção dos parâmetros demarcatórios da reserva indígena que haviam sido fixados pelo Poder Executivo, contudo, apesar disso, o Supremo estabeleceu 19 (dezenove) condicionantes para regular o caso objeto da ação popular. Além disso, houve restrição das prerrogativas do Poder Executivo, eis que foi estabelecida vedação de aumentar reserva indígena já demarcada. Tal caso demonstra que um pedido de declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo pode resultar numa nova regulação, que não passou por um processo legislativo. Ressalte-se que este caso também foi fundamentado com base no princípio da proporcionalidade. Na ementa do julgado consta que o conceito do chamado princípio da proporcionalidade ganha um conteúdo irrecusavelmente extensivo quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet. n.º 3.388/RR**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 23.10.2013. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>. Acesso em: 25 abr. 2015).

Poderia até ser verificada se a concepção estrutural dos direitos, com identificada por Richard Pildes, é a concepção desenhada na prática decisória do Supremo, no entanto, nos casos apresentados nessa dissertação, não foi assim que se procedeu, pois, apesar de ter sido utilizado o princípio da proporcionalidade de forma retórica, esse fato não se deu em razão da utilização da concepção estrutural dos direitos, mas em decorrência do fato de obscurecer os reais objetivos dos julgamentos, como a substituição da decisão do Parlamento pela do Judiciário, com ampliação do espectro de seu poder e influência.

Outro importante aspecto desse julgamento diz respeito ao fato dos Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes terem fundamentado suas decisões com apoio no princípio da proporcionalidade, entretanto, atingindo resultados totalmente distintos, o que gera sérias dúvidas acerca da utilidade e coerência dessa técnica interpretativa, uma vez que pode significar que apenas configurou um instrumento retórico para justificar a decisão.<sup>188</sup>

Portanto, a utilização pelos Ministros da técnica interpretativa do princípio da proporcionalidade não conseguiu promover uniformidade e consistência nos resultados decisórios, pois as conclusões foram distintas, apesar de embasadas na mesma técnica, o que chama a atenção para as contundentes críticas realizadas, como visto no segundo capítulo, surgindo dificuldades na demonstração de que os princípios em conflito foram aplicados simultaneamente de forma gradual, conforme preceitua a técnica da proporcionalidade. No entanto, o que se apresenta mais relevante nesse caso é a constatação de que o princípio da proporcionalidade foi

---

188 Um exemplo bastante famoso, em que houve votos diametralmente divergentes de Ministros do Supremo apesar da utilização do princípio da proporcionalidade por ambos, é o caso julgado por meio do HC nº 82.424, no qual o editor Siegfried Ellwanger foi condenado pelo crime de racismo em razão de publicação antissemita. Nesse caso, os dois Ministros promoveram o balanceamento entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana. Para o Ministro Gilmar Mendes, a dignidade humana configura um valor superior à liberdade de expressão. Já para o Ministro Marco Aurélio, apesar de reconhecer que o exercício do direito à liberdade de expressão pode violar a dignidade humana, em sua opinião, a primazia da liberdade de expressão seria proporcionalmente melhor à democracia e a uma cultura pluralista, eis que deixaria a cargo da opinião pública a decisão a respeito da questão. Nessa senda, esse é mais um caso judicial que traz incertezas acerca da utilidade e coerência de tal técnica interpretativa (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 82.424**. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgado em 17.09.2003. 2003b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 25 jun 2015).

manuseado com objetivo de justificar a ampliação de poder e influência do Supremo, com as propostas de criação de normas jurídicas e de atividades administrativas.

Por fim, no que concerne à ADI nº 2.240, por meio da qual foi impugnada a criação do Município de Luís Eduardo Magalhães no Estado da Bahia, decorrente do desmembramento de dois distritos, com fulcro na Lei estadual nº 7.619/00, importa ressaltar que o princípio da proporcionalidade foi utilizado para fundamentar a modulação temporal dos efeitos decisórios, afastando a incidência do princípio da nulidade em prol do princípio da segurança jurídica. Portanto, não obstante o reconhecimento da inconstitucionalidade, não foi declarada a nulidade e tal modulação dos efeitos decisórios, isto é, o período que em que a norma não foi considerada nula, foi decidida com supedâneo no princípio da proporcionalidade.

No caso em apreço, não houve discussão sobre importantes argumentos contrários à modulação de efeitos, apresentados por outros Ministros, que ressaltaram a necessidade de preservação dos direitos adquiridos, bem como o risco de estímulo à criação inconstitucional de Municípios no país. Enfatizo que esse último argumento contrário à modulação dos efeitos, que significou o reconhecimento de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade por certo lapso temporal, consubstanciou uma das principais razões justificadoras da elaboração da Emenda Constitucional, que foi apresentada exatamente com o propósito de inibir a exacerbada criação de Municípios com fins eminentemente eleitoreiros, sem possuírem as condições indispensáveis ao autossustento, resultando na necessidade de repasses da União e dos Estados para fins de subsistência.

Dessa forma, os cidadãos veem-se diante de uma ausência de regramento jurídico coerente que possa guia-los no dia a dia de suas vidas, pois estão sujeitos a serem surpreendidos no momento da aplicação do direito em razão do uso retórico do princípio da proporcionalidade, que pode subsidiar a substituição da decisão tomada pelo Parlamento pelas escolhas do Judiciário, bem como a criação de novas regras legais e administrativas, como foi visto nos casos concretos estudados.

Diante do exposto, resta claro o risco da utilização retórica do princípio da proporcionalidade, que pode encobrir as reais motivações das decisões judiciais,

sobretudo num contexto de inter-relação entre *rights* e *remedies*, isto é, de consideração de aspectos consequenciais dos fatos e de questões pragmáticas e políticas na produção decisória, além da influência da política e da interação existente com a Corte, o que exige uma maior transparência e honestidade com relação às razões dos posicionamentos judiciais, tudo com o objetivo de propiciar um maior controle e crítica acerca da coerência e consistência das fundamentações das decisões.

### **3.5 Do fortalecimento do Supremo e da tendência ao ativismo judicial**

Após análise do contexto subjacente à produção das decisões judiciais e da verificação de que o princípio da proporcionalidade pode ser utilizado de forma retórica, seja porque não houve realmente um balanceamento ou porque não se conseguiu demonstrar, por meio de uma fundamentação consistente, que tenha sido de fato realizado, ou, ainda, porque pode não ser possível a sua realização tal como delineado pela teoria de Alexy,<sup>189</sup> conforme críticas apresentadas no segundo capítulo, percebe-se o quanto é problemática a falta de correspondência entre as reais motivações da decisão judicial e as razões explicitadas em sua fundamentação, uma vez que tal técnica interpretativa pode servir de instrumento legitimador de uma atuação judicial propensa à ampliação do espectro de poder. Tem que se ter cuidado para que a técnica interpretativa em comento não seja manuseada de forma a justificar indevidamente uma postura mais invasiva do Supremo na esfera de competência do Parlamento, subsidiando a propagação do discurso de que detém o monopólio da última palavra institucional.

Portanto, os riscos do uso retórico do princípio da proporcionalidade nas fundamentações das decisões judiciais mostram-se intensos, pois podem levar a uma ampliação da competência do Supremo e à sua consolidação como detentor exclusivo da decisão final sobre as questões mais importantes e sensíveis para a

---

189 ALEXY, 2008.

sociedade. Entretanto, não se pode descurar que há um contexto histórico e um arcabouço legislativo que acabam por estimular uma postura tendente à expansão de poder, com ampliação de espaço de influência, e tal fato não pode ser olvidado, sob pena de não se ter a visão global de todo o ambiente em que se desenvolve um agigantamento do Supremo. Essa compreensão se faz necessária para a elaboração de críticas que possam contribuir para a melhoria do estado de coisas.

Primeiramente, importa observar que o extenso rol de direitos e garantias fundamentais inseridos na Constituição de 1988, decorrente da emergência em responder ao legado antidemocrático da ditadura, e o reforço institucional que foi atribuído ao Supremo no texto constitucional,<sup>190</sup> compõem o pano de fundo no qual começou a se desenvolver um novo perfil do Supremo tendente à ampliação de sua influência, em decorrência da jurisdição constitucional que lhe foi confiada. A ditadura militar levou a um sentimento de desconfiança e descrédito no que diz respeito aos Poderes Legislativo e Executivo, acusados de responsáveis pelas tragédias resultantes destes regimes, o que culminou no desenho da redemocratização do país por meio de uma intensa positivação de direitos fundamentais e do fortalecimento constitucional do Supremo.

Em decorrência desse modelo intervencionista de Estado com extenso programa prospectivo, desenhado pela Constituição de 1988, recaem intensas expectativas e pressão da sociedade sobre o Judiciário no sentido de consecução dos objetivos traçados, especialmente tendo em vista o descompasso entre os objetivos previstos na Constituição e o que realmente é vivenciado pela maioria da sociedade, o que pode caracterizar ambiente propício para uma postura mais ativista do Judiciário. A extensa agenda substantiva prometida constitucionalmente impulsiona uma atuação tendente ao ativismo judicial.

---

190 Juliano Benvindo ressalta a necessidade, à época da promulgação da CF/88, de incrementar o poder do Judiciário para obstar o retorno à época de autoritarismo. Seu pensamento: *The Constitution of 1988 expressed, de facto, this feeling of a new political and legal era in Brazilian society, a democratic process that should be preserved over the years, both by establishing subject and social rights never before imagined in that reality (it has one of the most extensive bill of rights in the whole world) and a comprehensive range of mechanisms protecting the access to the judiciary. It was, in many aspects, a rupture with the authoritarian past, when both the parliament and the government were strongly discredited, thereby giving rise to social demands that resulted in the introduction of many civil rights, even to protect this process* (BENVINDO, 2010, p. 91-92).

Segundo Roberto Gargarella, a democracia instável também contribui para o incremento do papel do Judiciário, uma vez que dele é exigida uma atuação mais efetiva e contundente na proteção e concretização de direitos, o que torna o ambiente fértil para o desenvolvimento de uma postura mais invasiva. Destaca que ainda se percebe a dificuldade das democracias latino-americanas em ganhar estabilidade, porquanto tais democracias são facilmente afetadas pelas mudanças e contingências da política econômica internacional, exacerbando as tensões sociais e desigualdades existentes, sendo exigida, portanto, uma atuação mais forte do Judiciário.<sup>191</sup>

A história política instável impacta na história legal. Nossas normas jurídicas também têm um histórico inconstante, o que leva a mudanças recorrentes em curto espaço de tempo ao sabor da atuação das lideranças políticas do momento. A própria jurisprudência do Supremo é muito variável, não há um respeito aos próprios precedentes, à própria construção histórica, já que, em países que seguem o *civil law*, não há tradição na observância dos precedentes, como ocorre em países que adotam o *common law*, de consequência, encontram-se, com muita facilidade, precedentes jurisprudenciais diametralmente opostos para resolução de um caso similar. Todo esse contexto de história política e legal instáveis, conforme ensinamento de Roberto Gargarella, compõe o cenário fértil ao expansionismo da atuação do Judiciário, pois é diuturnamente exigida a sua intervenção.<sup>192</sup>

Destaque-se que houve um incremento significativo, por meio de arcabouço normativo, tanto constitucional quanto infraconstitucional, no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, reforçando a competência conferida ao

---

191 Esse é o pensamento de Roberto Gargarella, que elabora análise histórica do constitucionalismo nos países da América Latina: *One of the main problems of Latin America's democracies has been their inability to gain stability. This problem seems especially serious because it is at the root of many orders: it aggravates or makes more difficult the resolution of other significant difficulties. Thus it exacerbates social tensions, and helps to enlarge or reinforce existing inequalities. Surely on many occasions the instability of Latin America democracies was mainly generated by external conditions such as dramatic changes in the international economic context* (GARGARELLA, Roberto. In search of democratic justice - what courts should not do: Argentina, 1983-2002. In: Siri Gloppen, Roberto Gargarella and Elin Skaar (eds.): **Democratization and the judiciary: The accountability function of courts in new democracies**; pp. 181-197. London: Frank Cass, 2004, p. 182).

192 GARGARELLA, 2004, p. 187.

Supremo. Tal reforço pode subsidiar uma atuação mais invasiva com relação à esfera de atribuição dos outros Poderes, em razão dos instrumentos instituídos que podem viabilizar a concretização dessa postura.

Com o advento da Constituição de 1988, ocorreu uma contundente expansão da jurisdição constitucional com a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Outros instrumentos que aumentaram o campo de atuação do Supremo foram a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação de descumprimento de preceito fundamental, tendo a última vindo à tona por meio da Emenda Constitucional nº 3/1993. Além disso, as Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999 instituíram a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões nas ações de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, configurando uma importante contribuição para uma atuação mais expansionista do Supremo. Em decorrência deste aparato legislativo, pode o Supremo decidir a partir de qual momento a declaração de inconstitucionalidade passa a produzir efeitos.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 também alargou expressivamente as atribuições institucionais do Supremo em termos de controle de constitucionalidade com a inserção dos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral para o Recurso Extraordinário.

Diante de todo esse contexto propício a um incremento do espaço de influência do Supremo, vê-se que o Supremo tem tido oportunidade de atuar num sentido de expansão de competência, o que pode, inclusive, ser observado nos casos mencionados no primeiro capítulo, nos quais houve propostas de criação de normas jurídicas, bem como de criação de novo órgão administrativo e de atividades administrativas a serem desempenhadas no âmbito do Poder Executivo, como se viu no caso das células-tronco embrionárias, além de ter havido análise da proporcionalidade das medidas de política criminal adotadas pelo Parlamento, com substituição da política pública escolhida pela própria visão do Judiciário. Após análise de aplicação prática do princípio da proporcionalidade pelo Supremo, destacadamente da possibilidade de seu uso retórico, vislumbra-se que a sua

ascensão à condição de metaprincípio constitucional pode estar inter-relacionada com o crescimento e consolidação de uma atuação tendente ao ativismo judicial.

É interessante destacar que a utilização de uma metodologia tem por objetivo trazer racionalidade à decisão judicial. Por conseguinte, fundamentar a tomada de decisão com base na técnica da proporcionalidade pode trazer legitimidade ao resultado decisório em razão tão somente do alegado uso do método, independentemente da utilização ter se dado de forma retórica ou da técnica interpretativa não possuir realmente utilidade e funcionalidade, conforme críticas apresentadas no segundo capítulo. Percebe-se claramente o risco, portanto, de utilização retórica de técnica interpretativa que pode trazer legitimidade e racionalidade ao discurso, sobretudo se essa forma de proceder ocorrer num ambiente de crescente ativismo judicial.<sup>193</sup>

Consoante afirma Juliano Benvindo, o constitucionalismo brasileiro caminha para um processo que parece incrementar-se em termos de racionalidade, mas perde em termos de legitimidade democrática. Pontua que não é pacífica a conclusão de que um método é capaz de prover racionalidade à decisão, ao contrário, essa ideia é fortemente combatida, bem como que a adoção do método não leva a um processo de legitimação pelo discurso.<sup>194</sup> Sobressai, nesse panorama,

---

193 Segundo Juliano Benvindo, racionalidade e método são palavras que abrem espaço e dão razão ao ativismo: *The history pointing to the STF's activism needs to converge upon a theory able to explain that this movement is not simply a random effect of a society aiming to accomplish the most desirable values of democracy. Judicial activism must be justified and legitimized rationally. [...] Rationality and method are the words that open up the space for and give reason to activism. Balancing appears within this context of conjunction of activism and the quest for a rational justification. One could even assert that balancing, especially now in the framework of the principle of proportionality, is deemed a sufficient argument to legitimize the new constitutional courts' activist and political role, and also to justify the concentration of powers in their hands* (BENVINDO, 2010, p. 110).

194 (BENVINDO, 2011, p. 567). Destaco o elucidativo raciocínio de Juliano Benvindo: Essa conclusão pode indicar um paradoxo, especialmente quando vemos que exatamente o argumento centrado na racionalidade metodológica – como acontece, por exemplo, com a aplicação do princípio da proporcionalidade – surge como um importante contraponto ao problema da legitimidade das decisões judiciais. Novamente, aqui aparece a capacidade racional da corte como uma forma de legitimação de seu discurso. A qualidade “técnica” de suas decisões é, pois, ressaltada. Porém, a leve digressão anteriormente introduzida sobre as diferentes concepções que podem surgir sobre o significado e limites dessa racionalidade indicam, ao menos, que a concepção pautada na tese do caso especial e aplicada por intermédio do princípio da proporcionalidade talvez não seja suficientemente hábil a legitimar seu discurso. Afinal, a imediata conclusão de que um método é capaz de prover racionalidade à decisão não é tão pacífica assim (BENVINDO, 2011, p. 567).

o embate entre a alegada racionalidade jurídica do Judiciário e a legitimidade democrática do Parlamento.

Nesse contexto, Oscar Vieira identifica que, em virtude dessa hiperconstitucionalização da vida contemporânea decorrente do ambicioso e extenso corpo de direitos previstos na Constituição e do reforço constitucional e infraconstitucional conferido ao Supremo para governar jurisdicionalmente o Poder Judiciário, vem ocorrendo uma expansão da autoridade do Supremo frente aos demais Poderes em razão do papel que lhe foi atribuído de grande guardião do texto constitucional.<sup>195</sup> Oscar Vieira denomina esse novo fenômeno de Supremocracia,<sup>196</sup> que em sua visão crítica, desestimula o desempenho de um papel de legislador negativo pelo Judiciário e incentiva uma postura de criador de regras e concretizador

---

195 (VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, n. 08, p. 441-464, jul./dez. 2008. São Paulo, 2008, p. 444). Percuciente sua afirmativa: Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador (VIEIRA, 2008, p. 445).

196 Segue o conceito de supremocracia: *Supremocracia* é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. *Supremocracia* tem aqui um duplo sentido. Em um primeiro sentido, o termo *supremocracia* refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. Criado há mais de um século (1891), o Supremo Tribunal Federal sempre teve uma enorme dificuldade em impor suas decisões, tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias judiciais inferiores. A falta de uma doutrina como a do *stare decisis* do *common law*, que vinculasse os demais membros do Poder Judiciário às decisões do Supremo, gerou uma persistente fragilidade de nossa Corte Suprema. Apenas em 2005, com a adoção de da súmula vinculante, completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo, voltado a sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões. Assim, *supremocracia* diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil. Neste sentido, finalmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se supremo. No caso específico, o “s” minúsculo do adjetivo vale mais que o “S” maiúsculo que convencionalmente reservamos aos órgãos máximos da República. Em um segundo sentido, o termo *supremocracia* refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. (VIEIRA, 2008, p. 444-445).

de compromissos institucionais, levando ao amesquinamento do Sistema representativo.<sup>197</sup>

Nesse sentido de preocupação com o encolhimento do sistema representativo e de crítica ao agigantamento do Judiciário, Ingeborg Maus destaca que, juntamente com a ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do seu poder de interpretação e com a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, há uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa.<sup>198</sup>

Ressalta, ainda, que permitir que a Justiça ascenda à condição de mais alta instância moral da sociedade traz sérios riscos no sentido de que possa escapar de qualquer mecanismo de controle social, ao qual se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. Frente a este panorama, Ingeborg Maus elabora inquietante questionamento: “[...] não será a Justiça em sua conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?”<sup>199</sup> A autora ilustra que a ascensão do Judiciário à qualidade de administrador da moral pública leva à introdução de pontos de vista morais e de valores na jurisprudência.<sup>200</sup> Tal fato, além de conferir maior grau de legitimação, também imuniza as decisões diante das críticas, passando a população a enxergar o Judiciário com olhar de veneração religiosa e com total desprestígio aos Poderes Executivo e Legislativo, compostos por representantes do próprio povo.<sup>201</sup>

---

197 VIEIRA, 2008, p. 443.

198 MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, p. 183-202, 2000.

199 *Ibid.*, p. 187.

200 (MAUS, 2000, p. 189). Para a autora alemã, por trás de generosas ideias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional, podem se esconder a vontade de domínio do Judiciário, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora. Diante dos estímulos a um Judiciário pronto para expandir seu âmbito de atuação, encerra-se o círculo da delegação coletiva do superego da sociedade (MAUS, 2000, p. 183-202).

201 Alexandre Coura traz alerta para o perigo que a pressão social com relação à tutela jurisdicional pode ocasionar na redefinição dos limites e possibilidades do Judiciário, atribuindo-lhe o papel de crítico político ou ideológico do legislador: Há de se destacar, no entanto, que a legítima pressão social que decorre da insatisfação relacionada à tutela jurisdicional, pode também se prestar a um perigoso papel, no que se refere à (re) definição dos limites e possibilidades do Judiciário, especialmente em face de um direito cuja indeterminação estrutural passa a ser amplamente

Além desses posicionamentos doutrinários críticos com relação ao incremento das atribuições do Judiciário, no cenário brasileiro, o Parlamento também se insurgiu contra a tendência de supremacia e prevalência do Supremo na discussão política, questionando o papel de prolator da última palavra institucional, como pode ser constatado com a elaboração da proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 33/2011. Essa PEC objetiva, destacadamente, alterar para quatro quintos (4/5) o quórum para declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais, como também exige que as súmulas vinculantes e as decisões em ações diretas de inconstitucionalidade sejam submetidas ao Congresso Nacional para ratificação ou não, e, caso haja discordância por parte do Legislativo com a decisão tomada pelo Supremo, o tema deve ser submetido à consulta popular.<sup>202</sup>

O autor dessa PEC, o Deputado Federal Nazareno Fonteles, em artigo escrito a respeito do tema, explanou que a proposta de Emenda corresponde a uma vacina contra o vírus mutante do despotismo legislativo do Supremo, bem como à dignificação do Legislativo e da participação direta dos cidadãos no controle de constitucionalidade sobre questões complexas.<sup>203</sup> Uma das razões justificadoras da proposta de alteração constitucional é a utilização pelo Supremo de princípios

---

reconhecida. Nesse sentido, impulsos tais como o de se atribuir ao Judiciário o papel de crítico político ou ideológico do legislador, através, por exemplo, de um controle de razoabilidade das leis, ou, ainda, a função de um “guardião” dos valores da sociedade, que tenha, inclusive, o poder de decidir a medida ou intensidade de realização dos direitos fundamentais, reduzidos ao “limite do possível”, em face dos bens ou interesses cuja realização passa a ter curso no momento da aplicação normativa, podem ser reforçados, ou até mesmo retoricamente justificados, em prol de se alcançar um respaldo popular imediato, que não deve ser confundido com democracia e cujo preço não tem sido devidamente problematizado, mas, pelo contrário, desconsiderado, e justamente porque é alto demais, visto que se refere diretamente à questão da (i) legitimidade da tutela jurisdicional (COURA, Alexandre de Castro. Limites e Possibilidades da Tutela Jurisdicional no Paradigma do Estado Democrático de Direito: Para uma análise crítica da “Jurisprudência de Valores”. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coordenação). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004a, p.403-446, p. 407).

202 Informações encontradas na justificação da PEC nº 33 de 2011 (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Informações sobre o trâmite da Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011**. 2011. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=A49E8865A224876A65CE06C23F1863FB.proposicoesWeb1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A49E8865A224876A65CE06C23F1863FB.proposicoesWeb1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011). Acesso em 22 mar. 2015).

203 FONTELES, Nazareno. Contra o despotismo legislativo do STF. **Folha de São Paulo**, na parte de Opinião, veiculado dia 4/5/2013. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/05/1273306-nazareno-fonteles-contra-o-despotismo-legislativo-do-stf.shtml>. Acesso em 22 mar. 2015.

demasiadamente fluidos em suas decisões, o que subsidia a liberdade para afrontar as opções políticas do Legislativo. Afirma-se que restou caracterizado um “império do panprincipiologismo”. Segue trecho da justificativa da PEC, que trata dessa problemática:

O Poder Judiciário brasileiro tem, com efeito, lançado mão de interpretações pós-positivistas, aplicando princípios constitucionais a todo tipo de situações concretas, demonstrando pouco apreço aos textos legais e adotando uma dogmática fluida, com elevado grau de liberdade. Acha-se sempre um princípio constitucional, até então pouco difundido, pronto a fundamentar uma nova decisão impregnada de valor moral. É o verdadeiro império do panprincipiologismo.<sup>204</sup>

A expressão panprincipiologismo foi cunhada por Lenio Streck, que significa abertura do sentido da normatividade constitucional com um uso aleatório e descompromissado dos princípios constitucionais, o que culmina, segundo o autor, numa repristinação da jurisprudência de valores, uma espécie de positivismo fático.<sup>205</sup> Consoante alerta do autor, “[...] não há um lado ‘b’ da Constituição a ser ‘descoberto’ axiologicamente, como se ‘por debaixo do texto da Constituição existissem valores a serem desvelados pela cognição do intérprete’.”<sup>206</sup>

Em contrapartida, houve reações do Judiciário em decorrência da proposta da Emenda em epígrafe. O Ministro Gilmar Mendes afirmou que a proposta “é inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição. É evidente que é isso. Eles rasgaram a Constituição. Se um dia essa

204 Informações encontradas na justificação da PEC em referência (BRASIL, 2011).

205 Transcrevo crítica de Lenio Streck ao uso exacerbado e sem compromisso de princípios: Reafirmando o que já foi mencionado acima: não cabe ao Poder Judiciário “colmatar lacunas” (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário “crie” uma Constituição “paralela” (uma verdadeira “Constituição do B”), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que “indevidamente” – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte. O constituinte não resolveu? “Chame-se o Judiciário [...]”. Ou “criemos um princípio”, que “valerá” mais do que a Constituição...! (STRECK, Lenio Luiz; Barreto, Vicente de Paulo; Oliveira, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. 1(2):75-83 julho-dezembro 2009, p. 81).

206 STRECK, 2009, p. 82.

Emenda vier a ser aprovada é melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal”.<sup>207</sup> O Ministro Joaquim Barbosa asseverou que a PEC, ao reduzir os poderes do Tribunal, fragilizará a democracia.<sup>208</sup> Por seu turno, o Ministro Marco Aurélio acentuou que: “Nós temos um sistema em que se verifica o primado do Judiciário. A última palavra não cabe ao setor político, cabe ao Judiciário, o órgão de cúpula, o guarda da Constituição é o Supremo.”<sup>209</sup> Como visto, o conflito instaurado entre Supremo e Legislativo dá-se também em nível de discurso.<sup>210</sup>

O Supremo tem reiterado o discurso de que o modelo político-jurídico vigente no país lhe conferiu a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas na Constituição, bem como que o poder de interpretá-la abrange a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, já que a interpretação judicial configura um dos processos informais de mutação constitucional, como pode ser verificado no julgado do MS nº 26.603, por meio do qual o Supremo criou nova hipótese de perda de mandato parlamentar.<sup>211</sup>

---

207 SELIGMAN, Felipe. Barbosa diz que reduzir poderes do STF fragiliza democracia. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 25 abr. 2013. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/04/1269014-barbosa-diz-que-reduzir-poderes-do-stf-fragiliza-democracia.shtml>. Acesso em 22 mar. 2015.

208 *Ibid.*

209 O ESTADO DE S. PAULO. Ministros do STF criticam proposta de submeter decisões da Corte ao Congresso. **O Estado de S. Paulo**. São Paulo, 24 abr. 2013. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministros-do-stf-criticam-proposta-de-submeter-decisoes-da-corte-ao-congresso,1025075>. Acesso em 28 mar. 2015.

210 Sobre a PEC nº 33/2011, Juliano Benvindo pontua que: Por outro lado, o desenho que imediatamente se pinta a respeito da PEC nº 33/2011, fruto de uma decisão parlamentar, é o de uma nítida ação política atentatória dos mais relevantes princípios democráticos e do maior sinal de uma reação política – e, portanto, irracional, desarrazoada, inconsequente – a um agir natural e correto do Supremo Tribunal Federal. De um lado, a decisão judicial é o espelho da racionalidade e da justificação coerente; do outro, a decisão política é o resultado da irracionalidade e de interesses mesquinhos e injustificáveis sob as bases do constitucionalismo democrático. O conflito, portanto, não se dá apenas no nível da ação; ele atinge, sobretudo, o próprio discurso (BENVINDO, 2014, p. 77-78).

211 Transcrevo parte da ementa do MS nº 26.603, elucidativa do posicionamento do Supremo, que afirma que detém o monopólio da última palavra: A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que a Constituição está em

Portanto, ao longo do tempo, o Supremo tem se tornado importante ator político em nosso regime democrático, definindo importantes rumos políticos do país, o que impõe a necessidade de reflexão sobre a sua atuação e sobre o papel que deve desempenhar em nossa democracia.

### **3.6 Questionamentos sobre o papel do Supremo de prolator da última palavra institucional**

Diante do que foi visto, questiona-se se o Judiciário, especialmente o Supremo, deve ter última palavra institucional com relação aos desacordos existentes mais essenciais à sociedade, concernentes à definição do conteúdo dos direitos fundamentais e aos temas referentes à organização política do Estado. Sem descurar a importância inarredável de um Judiciário forte para consolidação da democracia, com papel imprescindível na fiscalização recíproca que deve existir na dinâmica da separação de poderes, o que se está a questionar é se o Supremo deve ser portador da última palavra institucional, substituindo definitivamente as opções políticas entabuladas pelos outros Poderes.

Diante da noção de que o Judiciário é um ator político e possui uma relação imbrincada com a política, além de considerar questões pragmáticas e aspectos consequenciais na produção decisória, mostra-se indispensável refletir sobre o papel da técnica da ponderação nesse contexto e dos riscos do sua utilização retórica, tendo em vista que pode subsidiar o discurso de detentor da última palavra institucional.

---

elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental (BRASIL, 2007c).

Nesta perspectiva, Marcelo Neves assevera que mais problemática do que a absolutização de princípios em detrimento das regras é a “compulsão ponderadora”, tão comum na nova paisagem constitucional brasileira. E alerta que uma “ponderação sem limites” no âmbito da jurisdição constitucional tem consequências devastadoras para a relação entre política e direito no Estado constitucional. A ponderação inflacionada pode gerar riscos à autonomia tanto da política quanto do direito e ao condicionamento recíproco que deve existir entre eles.<sup>212</sup>

A ponderação pode desaguar, portanto, numa judicialização da política e numa politização do direito, que levariam a excessos, em detrimento do Estado de direito e da democracia, respectivamente. Ao final, as fronteiras entre direito e política podem ficar diluídas.<sup>213</sup> Por conseguinte, a ponderação pode servir de instrumento a uma acomodação de interesses que circulam à margem do Estado de direito e da democracia, sob proteção retórica dos princípios.<sup>214</sup> Assim, o autor sintetiza os riscos do abuso da ponderação para o direito e para a política:

Em síntese: a invocação retórica dos princípios como nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros, seja na forma de absolutização de princípios ou na forma da compulsão ponderadora, além de implicar um modelo simplificador, pode servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição.<sup>215</sup>

---

212 NEVES, 2014b, p. 194-195.

213 *Ibid.*, p. 195.

214 (NEVES, 2014b, p. 196). Nesse sentido, transcrevo a profunda e séria análise elaborada por Marcelo Neves acerca do contexto político: O jogo político entre governo e oposição, assim como a relação circular de legitimação entre povo, público, administração (em sentido amplo) e política, é afetada por excesso de intervenções judiciais (politização do direito). O judiciário fica direcionado muito estreitamente a fornecer respostas politicamente legitimadoras, vinculando-se fortemente à diferença entre governo e oposição. Essa situação pode estar relacionada a problemas estruturais mais amplos do Estado constitucional. Mas ela também pode estar associada, em certos contextos, à corrupção política do judiciário. Então, as fronteiras entre direito e política se diluem. Decisões judiciais são tomadas primariamente com base na distinção “governo/oposição” ou em critérios políticos, sobretudo em matéria constitucional. No contexto brasileiro, isso se relaciona frequentemente com conexões particularistas e difusas de membros do judiciário com os agentes políticos. Essa situação se associa com a corrupção econômica do Estado como organização político-jurídica (NEVES, 2014b, p. 195).

215 NEVES, 2014b, p. 196.

Portanto, esse debate acerca de qual órgão detém a última palavra institucional afigura-se ainda mais relevante se uma das técnicas interpretativas utilizadas para prolação das decisões judiciais, qual seja, o princípio da proporcionalidade, pode servir de instrumento manipulador na interpretação constitucional para fins de substituição da decisão política tomada pelo Parlamento ou do entendimento consagrado no texto constitucional. A técnica do princípio da proporcionalidade, em algumas situações, pode interagir com uma postura propensa ao ativismo do Supremo em questões importantes para a sociedade, podendo embasar uma ingerência política.<sup>216</sup>

O método interpretativo do princípio da proporcionalidade pode subsidiar o discurso de detentor da última palavra, já que produziria racionalidade técnica à argumentação, auxiliando na conclusão de que o Supremo é um fórum de princípios adequado e imparcial para decisão final sobre conteúdos dos direitos, ao contrário do Parlamento. Entretanto, a forma retórica de decidir, como destacado nos tópicos 3.3 e 3.4, favorece uma desconfiança a respeito dos pressupostos teóricos e doutrinários que atribuem ao Supremo o caráter de fórum de princípio,<sup>217</sup> estando, supostamente, em melhores condições, em comparação com o Parlamento, para garantir direitos e liberdades fundamentais protegidos pela Constituição.

---

216 Marcelo Neves traz alerta acerca dos prejuízos que podem ser causados com a ponderação sem limites. Nessa senda, aduz que a ponderação oferece elementos de racionalidade jurídica à política, como também elementos de racionalidade política ao direito, contudo, com a compulsão ponderadora, a racionalidade política torna-se inteiramente irracional para o sistema político do Estado democrático e a racionalidade jurídica torna-se irracional para o sistema político do Estado democrático (NEVES, 2014b, p. 195-196).

217 Como ilustra Guilherme Soares, princípios também são usados no Parlamento e o Judiciário também pode ter comportamentos desviantes. Seu raciocínio: Esse, aliás, é o comportamento padrão de todos aqueles que tentam justificar o controle judicial de constitucionalidade como um elemento constitutivo de um regime constitucional legítimo. O problema é que este é um empreendimento destinado ao fracasso. Essa forma de raciocínio pressupõe que os juízes são especialmente receptivos aos princípios de um modo que os legisladores não são. Afirmar que de maneira alguma é incontroversa. Pois, ainda que o processo judicial seja receptivo aos argumentos de princípio, esta não é uma exclusividade da instituição judicial. O apego aos princípios é, no mínimo, tão premente em juízo quanto em assembleia. Os riscos de comportamentos desviantes também são tão intensos em sede legislativa quanto judiciária (SOARES, Guilherme. **Os Direitos, os Juízes, o Povo**: A cláusula pétreia dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade. Das Emendas à Constituição de 1988. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006, p. 164).

O princípio da proporcionalidade pode promover uma flexibilidade decisória que aproxima a Corte de uma atuação política, que seria de competência do Parlamento. O método decisório do princípio da proporcionalidade pode transmutar o discurso jurídico em discurso político e essa possibilidade exige uma reflexão profunda a respeito de suas consequências.<sup>218</sup> Nesse sentido, Juliano Benvindo questiona a suposta racionalidade do método decisório do princípio da proporcionalidade e afirma que a flexibilidade decisória pode tornar a Corte mais política:

O interessante dessa movimentação é que ela parece se associar à própria intensidade do querer se afirmar como corte constitucional típica e, nesse aspecto, o primeiro fator aqui examinado – a defesa dos princípios constitucionais, sobretudo referentes a minorias excluídas do processo democrático – complementa-se, em certa medida, com um discurso mais flexível de produção decisória. Além do mais, essa flexibilidade, que inevitavelmente acaba tornando a corte constitucional mais política, no sentido de produzir decisões voltadas para o todo, para se legitimar, precisa se afirmar “racional”. É um jogo discursivo interessante e bastante persuasivo. Por um lado, a corte constitucional diz defender a democracia, os princípios estruturantes do constitucionalismo, as minorias e, por outro, o faz por intermédio de técnicas decisórias “racionalis”, capazes de serem flexíveis o suficiente para abarcar anseios coletivos antes tidos como mais afeitos ao campo de decisão do parlamento.<sup>219</sup>

Portanto, diante da falibilidade inerente às instituições, dos desacordos a respeito da interpretação de direitos, existentes também no seio do próprio Judiciário, e, por último, em virtude da ausência de certeza a respeito da racionalidade no método interpretativo aplicado que pode encobrir opção política, questiona-se se é o Supremo que tem o direito de errar por último.

Para Oscar Vilhena, a função de criação de regras deveria ficar reservada aos órgãos representativos, porquanto quem exerce essa modalidade de poder deveria estar submetido a controles de natureza democrática, como acontece com o Parlamento que se submete ao controle eleitoral.<sup>220</sup> Ademais, conforme assevera

---

218 BENVINDO, 2014, p. 89-90.

219 *Ibid.*, p. 90.

220 VIEIRA, 2008, p. 445-446.

Juliano Benvindo, numa democracia constitucional, baseada na cidadania, um órgão não pode ser detentor da última palavra.<sup>221</sup> Transcrevo trecho de seu aclarado ponto de vista a respeito da busca pelo prolator da última palavra institucional:

Em sintonia com o que foi até agora apresentado, a história complementa significativamente a percepção de que, no âmbito de uma disputa política constante entre os Poderes – e, não, harmonia, como já se afirmou –, é falacioso sustentar, sem maior análise crítica, que o Judiciário tem a primazia da “última palavra” no Direito, até mesmo no âmbito dos desacordos políticos sobre direitos. A tese a ser defendida é que a própria construção argumentativa de algum Poder “detentor da última palavra” é, por si só, uma afirmação que aparece como discurso por mais poder. Até porque não existe, em uma democracia constitucional, que prima pela cidadania, um órgão que possa arvorar-se o detentor da última palavra. Entretanto, o processo histórico brasileiro, nesses vinte e cinco anos de constitucionalismo, consubstanciou essa premissa. O caminho agora é desconstruí-la.<sup>222</sup>

Nesse sentido, Roberto Gargarella assevera que o Judiciário não deve possuir a última palavra institucional, mas sim integrar o processo construtivo da democracia.<sup>223</sup>

Conrado Mendes alerta que entender que o Judiciário não deve ter a última palavra institucional em detrimento do Parlamento não significa curvar-se ao conteúdo das decisões majoritárias, pois a justiça das decisões do Parlamento pode e deve ser questionada.<sup>224</sup> A desconfiança intensa referente ao funcionamento do Parlamento não pode significar que fique imune ao seu próprio desenvolvimento democrático com a entrega do papel de prolator da última palavra institucional ao Judiciário. Ser bem-sucedido no que concerne às críticas ao Legislativo não culmina de forma inexorável, como consectário lógico e autoevidente, que o Judiciário possui supremacia na interpretação constitucional ao ponto de poder se portar como o Poder Legislativo.

---

221 BENVINDO, 2014, p. 80-81.

222 *Ibid.*, p. 80-81.

223 GARGARELLA, 2004, 184.

224 MENDES, 2011, pp. 23-24.

Nessa senda, Waldron, no afã de justificar a necessidade de resgate da dignidade da legislação, assevera que o Legislativo internaliza divergências e as ecoa na sua própria estrutura institucional, com assembleias numerosas e divisões partidárias, pois congrega as divergentes visões da sociedade e delibera e toma as suas decisões levando em consideração a competição e a controvérsia.<sup>225</sup> E ressalta que tais características podem contar a favor do Legislativo como um fórum digno de discussão acerca da interpretação constitucional.<sup>226</sup>

Conrado Mendes também traz argumentos favoráveis à atividade decisória do Parlamento, destacando que estimula o compromisso, a acomodação de extremos e não a polarização. Enfatiza que o Parlamento possui uma ampla capacidade de coletar informações, de obter variadas avaliações técnicas, além de considerar a multiplicidade de interesses em jogo, balancear interesses, fazer concessões e compromissos, o que denota que pode lidar melhor com conflitos policêntricos, já que não está vinculado a um caso concreto com o raciocínio adversarial.<sup>227</sup>

Há uma desconfiança generalizada no que diz respeito aos procedimentos de decisão majoritária dos órgãos políticos, o que leva, de consequência, a uma valorização do controle judicial de constitucionalidade realizado pela Corte, como fórum adequado a tomar decisões definitivas a respeito de temas de organização do Estado e de direitos fundamentais, distanciado das mazelas do Parlamento.

---

225 WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 23.

226 Assim se manifesta Waldron: É na legislatura que nossos representantes discutem sobre a justiça; é na legislatura que discordamos sobre a justiça, onde temos segundos pensamentos sobre a justiça, onde revemos o nosso senso de justiça ou nos atualizamos (WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão da tradução Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 109).

227 Conrado Mendes traz argumentos em defesa da supremacia parlamentar: Ainda que as idéias de “representação do povo” e de “vontade da maioria” não sejam persuasivas, deve-se levar em conta a qualidade desse foro deliberativo. Trata-se de um valor epistêmico remanescente que não pode ser ignorado. O parlamento tem, numa escala incomparável em relação à corte, capacidade de coletar informações, obter avaliações técnicas de todos os pontos de vista, considerar a multiplicidade de interesses em jogo, balancear interesses, fazer concessões e compromissos. Não está preso a uma lógica adversarial, e por isso lida com conflitos policêntricos de maneira mais eficaz. Considera os direitos fundamentais dentro da gama diversificada de ponderações necessárias de uma política pública. Isso não se confunde com ‘baratear direitos’, mas consiste numa estratégia mais responsável e menos retórica e polarizada de tomar decisões coletivas (MENDES, 2011, p. 94).

Questiona-se como é possível levar a sério a legislação se é resultado de votação e decisão majoritária, isto é, é produto de uma determinação estatística.

Entretanto, realçar a proeminência do controle de constitucionalidade, em virtude da falha estrutural do Parlamento de decidir de forma majoritária, mostra-se contraditório, tendo em vista que os Tribunais também decidem via decisão majoritária. Se se entender que é arbitrária a decisão majoritária do Parlamento por resultar de contagem de votos, tal conclusão também se aplica às decisões produzidas pelos Tribunais, que igualmente decide de forma majoritária. Seriam arbitrárias as decisões majoritárias produzidas pelos Tribunais?<sup>228</sup>

Diante desse dilema do monopólio da última palavra institucional, Conrado Mendes propõe, como saída alternativa, a interação dialógica entre Corte e Parlamento, isto é, nenhum Poder teria a última palavra definitiva, mas sim provisória. Como explica, a interação ocorre ao longo do tempo e haverá um nível decisório último, contudo, provisório. Há uma inevitável e permanente circularidade, com reinício do processo, numa nova rodada procedimental.<sup>229</sup>

A última palavra, dessa forma, seria resultado da interação dialógica entre os Poderes. Para o autor, o diálogo interinstitucional pode maximizar a capacidade da democracia de produzir as melhores respostas com relação a direitos fundamentais, configurando um desafio a ser trabalhado.<sup>230</sup> Ele entende que é interessante que os

---

228 Transcrevo interessantes comentários de Waldron a respeito desta temática: Estamos todos familiarizados com a maneira como a arbitrariedade da decisão majoritária no parlamento ou no congresso é citada como uma maneira de realçar a legitimidade das cartas de direitos e da revisão judicial. No fim, naturalmente, é uma estratégia sem esperanças para os oponentes do majoritarismo. Os próprios tribunais de recursos são, invariavelmente, corpos de múltiplos membros que geralmente discordam entre si, mesmo após deliberação. (Talvez especialmente após deliberação!) E, quando discordam, também eles tomam suas decisões por meio de votação e decisão majoritária. Cinco votos derrotam quatro no Supremo Tribunal dos Estados Unidos. A diferença, quando uma questão é deslocada da legislatura para o tribunal, é uma diferença de grupos constituintes, não uma diferença de método de decisão. Portanto, se votar produz resultados arbitrários sob o princípio da decisão majoritária, então, boa parte do direito constitucional norte-americano é arbitrário (WALDRON, 2003, p. 156).

229 MENDES, 2011, p. 58.

230 *Ibid.*, p. 33.

Poderes desafiem uns aos outros, articulando razões de melhor qualidade, pois, segundo sua opinião, o desafio deliberativo incrementa a democracia.<sup>231</sup>

É interessante a manifestação de Conrado Mendes no sentido de que, como a última palavra provisória não impede novas rodadas procedimentais, a estabilização de um tema dá-se a partir de alguma acomodação entre os Poderes ou quando um aceitar a posição do outro, pois, com frequência, reduzem progressivamente o desacordo por meio de concessões recíprocas.<sup>232</sup>

Todavia, o autor alerta que a ideia de última palavra provisória não esconde os custos temporal, material e intelectual de novas rodadas procedimentais, eis que as decisões são mais ou menos duradouras, mesmo com possibilidade de revisão. De consequência, o fato da Corte participar deste diálogo não a isenta de responsabilidade por boas decisões e de um teste rigoroso de legitimidade.<sup>233</sup>

Em idêntica linha, Guilherme Soares argumenta que não há última palavra em sede de interpretação constitucional, bem ao contrário, deve haver um diálogo incessante por meio do qual todos os entendimentos possam ser submetidos à revisão.<sup>234</sup> Acentua que os Tribunais não são órgãos externos à democracia que a constroem, mas, na verdade, participantes não privilegiados no diálogo democrático, que devem cooperar com os demais participantes tendo em conta as

---

231 (MENDES, 2011, p. 195). Esclarecedoras as seguintes palavras do autor a respeito de sua tese: Por mais necessário que seja definir o detentor da última palavra provisória, a partir de um outro olhar, este é um mero detalhe. Saber quem deve prevalecer é uma questão contingente. Não há resposta de princípio, geral e abstrata. O valor de um processo contínuo de formação da vontade política precisa ser percebido, e não deve ser ofuscado por aquela discussão. A corte, caso detenha esse poder, não é um garante de decisões corretas e não pode ser percebida como tal. É um mecanismo que tenta evitar o esfriamento e a marginalização da linguagem dos direitos, a indiferença e a omissão de certas razões tidas como fundamentais na legitimação da política. Ela busca alimentar uma cultura pública de maior densidade deliberativa. Será legítima à medida que cumprir essa função. Claro que há riscos. Para ficar nos principais deles: do lado judicial, o legalismo hermético, o imperialismo retórico, a soberba do guardião entrincheirado e monopolista; do outro lado, a deferência ou o comodismo legislativo. Proponho que uma alternativa para redução desses riscos seja desenvolver uma demanda mais forte de diálogo que, se impregnada na prática decisória dos poderes, traz um ganho exponencial ao desenho. Nesse modelo ideal, não há nem um guardião entrincheirado, nem um legislador acanhado e deferente, mas dois poderes engajados no exercício da persuasão. Divergem, mas com respeito mútuo, sem presunção (MENDES, 2011, p. 203).

232 MENDES, 2011, p. 205.

233 *Ibid.*, p. 171-172.

234 SOARES, 2006, p. 341.

particulares capacidades institucionais que possuem.<sup>235</sup> O Poder Judiciário, na sua concepção, deve assegurar a continuidade do debate democrático mediante a inclusão permanente de novas perspectivas no discurso público.<sup>236</sup>

Para Friedman, enquanto houver controvérsia sobre o conteúdo dos direitos, a deliberação política é contínua, o que retira da Corte papel de prolator da última palavra, pois o processo de interpretação constitucional é dinâmico e não estático.<sup>237</sup> O diálogo entre os Poderes e a sociedade é indissociável do processo de interpretação constitucional, sendo a Corte promotora e participante desta interação.<sup>238</sup>

Há um interativo processo entre a Corte e a sociedade com relação à construção do significado dos direitos, a Corte devolve à sociedade a questão para continuidade do debate. Para explicar tal interação, Friedman utiliza a metáfora da partida de tênis, sendo a Corte um dos parceiros do jogo de tênis, devolvendo a bola para a sociedade.<sup>239</sup>

No mesmo sentido, Sunstein afirma que a Corte participa de um complexo diálogo, não sendo a única portadora do significado correto da Constituição. E sustenta, ainda, que, por meio do minimalismo, realizável via acordos teóricos incompletos e uso construtivo do silêncio, a Corte incentiva o diálogo entre as instituições, promovendo aprendizado.<sup>240</sup>

---

235 Cf., SOARES, 2006, p. 263.

236 *Ibid.*, p. 340.

237 Cito trecho explicativo do ponto de vista de Friedman: *Because the Constitution is spacious, no single offered interpretation of the text is likely to be accepted as correct now and for all time. The Court is free to change its mind. The people are free to disagree with the Court. The Court is free to disagree with the people. The members of the Court are free to, and usually do, disagree one another. As disagreement occurs, the document will take on new meanings. Nor is the lack of finality necessarily a bad thing. Change both is healthy and inevitable. In reality, the process of constitutional interpretation is dynamic, not static* (FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review, **Michigan Law Review**, v. 91, 1993. p. 651-652).

238 (FRIEDMAN, 1993, p. 581-582). Segundo Friedman: *Courts, as described here, do not stand aloof from society and declare rights. Rather, they interact on a daily basis with society, taking part in an interpretive dialogue. Rights, by the same token, do not override majority will. Rather, "the people" define and redefine rights every day as the interpretive dialogue proceeds* (FRIEDMAN, 1993, p. 585).

239 FRIEDMAN, 1993, p. 669.

240 (SUNSTEIN, Cass. **Problems with minimalism**, University of Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 276, 2006, p. 19). Segundo Sunstein, o minimalismo apresenta-se

Christine Bateup é uma estudiosa que se dedica ao estudo das teorias concernentes aos diálogos entre as instituições, também embasada na noção de que o processo de interpretação constitucional é destituído de imputação de supremacia a algum dos atores políticos.<sup>241</sup>

Após análise de diversas teorias de diálogos, a autora propõe a teoria da fusão dialógica, com a união das teorias do equilíbrio e da parceria. Segundo a teoria do equilíbrio, o Judiciário não tem o monopólio da resolução dos desacordos sobre direitos, mas sim a função de promover o debate no seio da sociedade, tornando os cidadãos integrantes do processo dialógico. Por sua vez, a teoria da parceria significa que todos os Poderes participam do diálogo, auxiliando com suas interpretações na construção das melhores respostas sobre as questões constitucionais.<sup>242</sup>

Vislumbra-se, assim sendo, que as teorias que apresentam o diálogo, como opção para a dificuldade contramajoritária e para o déficit de legitimidade do Judiciário, possuem em comum a premissa de que a última palavra institucional a

---

como uma opção inteligente, eis que reduz a dificuldade existente em decisões colegiadas em questões sensíveis e polêmicas, deixando em aberto algumas controvérsias que não alcançam um amplo acordo. Decidir de forma delimitada ou estreita diminuiria os riscos de uma intervenção indevida em temas políticos, sociais e econômicos com consequências sistêmicas complexas, obstando danos em larga escala (SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999).

241 (BATEUP, Christine A., **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue** 2005. New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 11, p. 1). Segue manifestação da autora em comento: *Dialogue theories emphasize that the judiciary does not (as an empirical matter) nor should not (as a normative matter) have a monopoly on constitutional interpretation. Rather, when exercising the power of judicial review, judges engage in an interactive, interconnected and dialectical conversation about constitutional meaning. In short, constitutional judgments are, or ideally should be, produced through a process of shared elaboration between the judiciary and other constitutional actors* (BATEUP, 2005, p. 01).

242 Em suas palavras: *In light of these difficulties, the greatest potential for achieving a normatively satisfying understanding of constitutional dialogue emerges through the dynamic fusion of the equilibrium and partnership models of dialogue. As we have seen, equilibrium theories focus on the role of the judiciary in facilitating and fostering society-wide constitutional discussion, while partnership models draw attention to more distinct institutional functions that the judicial and legislative branches perform in dialogue with one another. The synthesis of these understandings highlights that dialogue should ideally incorporate both society-wide and institutional aspects. Most importantly, this fusion provides the strongest normative vision of the role of judicial review in modern constitutionalism, and also the greatest possibilities for designing improved constitutional systems that can truly live up to the dialogic promise* (BATEUP, 2005, p. 84-85).

respeito da interpretação constitucional não é do Judiciário, mas sim uma obra conjunta de todos os Poderes e dos cidadãos.

Diante desse panorama, exaltam questionamentos a respeito do acerto da utilização do princípio da proporcionalidade como uma das principais metodologias interpretativas na atuação do Supremo, especialmente após análise dos casos concretos selecionados, que lançam importantes dúvidas sobre a pretensa racionalidade dessa técnica interpretativa. Com relação à ADI nº 3.112, que impugnou a constitucionalidade do Estatuto do desarmamento, não houve fundamentação consistente com consideração e enfrentamento de todas as nuances da questão, como por exemplo a questão da existência de autorização constitucional para o legislador infraconstitucional criar hipóteses de inafiançabilidade e proibição de liberdade provisória, concedendo-lhe liberdade de conformação.

No julgamento da ADI nº 3.510, que tratou das pesquisas com células-tronco, houve decisões judiciais prolatadas por Ministros diversos com base na mesma técnica interpretativa, mas com resultados diferentes, como também o balanceamento propiciou a elaboração de novas regras legais e administrativas, o que leva à percepção de agigantamento do Supremo, podendo significar invasão da competência do Parlamento.

Vê-se que tanto no julgamento da ADI nº 3.112, que tratou do Estatuto do desarmamento, quanto no julgamento da ADI nº 2.240, por meio da qual foi impugnada a constitucionalidade da criação do Município Luís Eduardo Magalhães no Estado da Bahia, houve desconsideração do intuito legislativo, isto é, as razões que culminaram na tomada de decisão do Parlamento não foram levadas em conta de forma consistente. No caso do Estatuto do desarmamento, não houve consideração do objetivo do Parlamento de promover melhores condições para incrementar a segurança pública e a paz social, tendo havido sobre esse tema intenso debate em âmbito parlamentar, com participação de diversos atores sociais e com obtenção de alto grau de aprovação. No caso da criação do Município Luís Eduardo Magalhães no Estado da Bahia, não foi devidamente problematizada a possibilidade do julgamento redundar na criação de outros Municípios com mesmos

vícios de inconstitucionalidade, sobretudo, tendo em vista que umas das principais motivações da Emenda Constitucional era exatamente coibir a criação exacerbada de Municípios sem condições de autossustentabilidade com objetivos tão somente eleitoreiros.

Diante de todo o exposto, chega-se à conclusão de que o contexto fático e o arcabouço normativo podem promover uma relação imbrincada e condicional entre tendência ao ativismo judicial, princípio da proporcionalidade e política. Se há o risco do princípio proporcionalidade poder ser manuseado de acordo com as preferências políticas do Judiciário em detrimento das escolhas do Parlamento, é inarredável o raciocínio de que não pode ser-lhe atribuída a característica de método decisório neutro e racional. Tal verificação não inspira uma postura resignada diante das possibilidades de avanço do Supremo no desempenho do papel de prolator da última palavra institucional.

Ao invés do uso retórico de técnica interpretativa, é necessário, como ensina Alexandre Araújo Costa, que o Judiciário fundamente com profundidade suas decisões e com preocupação em persuadir a comunidade, para que tenha condições de entender as decisões e aceitá-las. A legitimidade democrática das decisões judiciais provém da aceitabilidade social e não da autoridade do Tribunal.<sup>243</sup>

Igualmente, afigura-se relevante que a academia e a sociedade discutam mais os fundamentos justificadores das decisões judiciais do Supremo e não aceitem de

---

243 Segue crítica delineada por Alexandre Costa a esse respeito: E a resposta que propomos a essa questão é a de que a legitimidade dos atos judiciais nunca pode ser pressuposta. Se a legitimidade democrática provém da aceitabilidade social, então a legitimidade dos atos judiciais deve ser construída a partir de uma argumentação que busque persuadir os membros da comunidade jurídica de que as opções valorativas do Tribunal são aceitáveis. O resultado dessa proposta é considerar as decisões judiciais como uma proposta, uma participação — ainda que privilegiada — no discurso a partir do qual a sociedade define as suas normas jurídicas. Nem toda decisão judicial será legítima, mas a explicitação dos seus fundamentos possibilita que as outras pessoas envolvidas no discurso critiquem as opções valorativas dos juízes e dêem sua contribuição para o desenvolvimento do discurso jurídico. Assim, a legitimidade das decisões não pode ser identificada a priori — pois ela não deriva da autoridade do Tribunal —, mas apenas pode ser verificada a posteriori, a partir da efetiva aceitação da decisão pelos membros da sociedade. Percebe-se que falta essa preocupação com a persuasão dos interlocutores, com a construção sólida de argumentos fáticos e jurídicos que objetivem aceitação da decisão de forma legítima pela comunidade. Se entendermos que as decisões do Supremo somente serão legítimas se a sociedade aceita-las, impõe-se que o Tribunal Supremo uma justificação mais elaborada das suas posições valorativas (COSTA, 2008, p. 146).

forma resignada as suas conclusões como se fossem verdades absolutas. É interessante a crítica elaborada por Marcelo Neves com relação ao fato da doutrina jurídica brasileira não configurar um contraponto à atuação do Supremo:

Essa situação de um decisionismo ad hoc do Supremo Tribunal Federal, marcado por forte teor de irracionalidade, é tanto mais forte na medida em que a doutrina jurídica não se apresenta como um contraponto crítico relevante. Faltam irritações ao Supremo Tribunal Federal pela doutrina jurídica. Ocupada na maior parte por advogados, magistrados e membros do Ministério Público envolvidos regularmente nas contendas judiciais de natureza constitucional, as faculdades de direito tendem a reproduzir as decisões do STF em um tipo de dogmática ingênua, transformada em “casuística” à brasileira: soma de decisões sem análise da cadeia decisória, como se houvesse uma racionalidade evidente na solução dos casos. A construção de uma doutrina jurídica mais crítica em relação ao desempenho do Supremo Tribunal Federal não levará à superação de irracionalidades decisórias sedimentadas historicamente, mas pode servir como “irritações” que forcem, em certa medida, à abertura da “desrazão” à “razão”.<sup>244</sup>

O posicionamento do Judiciário não pode se circunscrever à conclusão de aplicação do princípio da proporcionalidade de forma retórica para aplicar ou não uma regra escrita e a doutrina precisa ficar atenta a tal conjuntura e se posicionar de forma crítica, o que reverterá em prol do aprimoramento da prestação jurisdicional.<sup>245</sup>

Marcelo Neves traz interessante análise crítica acerca da argumentação jurídico-constitucional realizada pelo Supremo, destacando que preferências e imperativos econômicos, políticos e relacionais sobrepõem-se diretamente à jurisdição constitucional e tal corrupção sistêmica pode ser realizada por meio de decisões judiciais baseadas em argumentos retóricos *ad hoc* manifestamente

---

244 NEVES, Marcelo. A “desrazão” sem diálogo com a “razão”: teses provocatórias sobre o STF. **Revista Consultor Jurídico**, 18.10.2014. 2014a. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf>. Acesso em 05 abr. 2015, p. 05.

245 Nesse panorama, contundentes as palavras de Alexandre Costa: Em vários casos do STF, não há qualquer argumentação no sentido de explicar os motivos da decisão, de explicitar os critérios utilizados, limitando-se o Tribunal a afirmar que a interpretação anterior era contrária ao princípio da razoabilidade, sem esclarecer os motivos que o levaram a essa conclusão. Com isso, iniciou-se o processo de utilização de referências ao princípio da razoabilidade apenas como um argumento retórico de persuasão, invocando a favor da decisão — ou contra a norma impugnada — os valores supostamente admitidos pela sociedade, cuja validade seria tão óbvia que dispensaria qualquer espécie de fundamentação mais elaborada (COSTA, 2008, p. 145).

insustentáveis do ponto de vista jurídico-constitucional, em prol de privilégios que não são compatíveis com a Constituição.<sup>246</sup>

Além da possibilidade de uso retórico da metodologia interpretativa, há a indagação doutrinária acerca da crença na racionalidade do balanceamento, como já destacado no tópico 2.4 do segundo capítulo. Nesse sentido de questionamento à pretensa racionalidade trazida pelo balanceamento, é interessante ressaltar a concepção de racionalidade limitada na jurisdição constitucional, desenhada por Juliano Benvindo, a qual, por meio de um diálogo entre o desconstrucionismo de Jacques Derrida e o proceduralismo de Jürgen Habermas, lança dúvidas sobre o avanço do balanceamento como um aparente mecanismo racional e se apresenta como uma alternativa ao uso de metodologia interpretativa que se propõe a garantir correção e legitimidade para a prática judicial.<sup>247</sup>

Com base nessas premissas teóricas, Juliano Benvindo delinea a concepção da racionalidade limitada, demonstrando que, por meio do diálogo entre diferença e intersubjetividade, os limites da razão aparecem em decorrência da impossibilidade de inteiramente captar e compreender as complexidades e tensões da história, bem como em virtude da impossibilidade de se realizar plenamente justiça ao outro, o que propicia uma tensão irresolúvel, embora produtiva, que leva o raciocínio jurídico a um contínuo questionamento sobre suas próprias bases, bem como a avançar na busca por consistência no sistema jurídico e pela justiça ao outro.<sup>248</sup>

---

246 NEVES, 2014a. p. 03.

247 (BENVINDO, 2010). A pesquisa realizada por Juliano Benvindo examina a forma como Cortes empregam o método do balanceamento para resolver casos complexos, em que há uma suposta colisão de princípios constitucionais, desenvolvendo em contraponto a noção de “racionalidade limitada” pela perspectiva do paradoxo necessário entre história e justiça, no contexto de uma prática de decisão comprometida com o princípio da separação de poderes. Por meio de um processo de autocorreção, realizado por intermédio da relação tensa, mas produtiva, entre intersubjetividade e diferença, restam demonstrados os limites da razão e da democracia constitucional. Trago trecho elucidativo a esse respeito: *This means, in other words, that while not resolving the tense but productive relationship between intersubjectivity and difference, there must be the quest for the impartial principle of treating like cases alike and the awareness to open up the decision to difference, as a self-corrective process that shows the boundaries of reason and the boundaries of constitutional democracy* (BENVINDO, 2010, p. 384).

248 Transcrevo suas esclarecedoras palavras a respeito de sua tese, que põe em cheque a noção de racionalidade do método: *More than stressing this search for rationality as if it derived from some predetermined patterns and criteria, it is important to understand that reason lies in this relationship between constitutionalism and democracy, between law and justice, which requires of the judge an*

Por conseguinte, os questionamentos trazidos sobre a utilização do princípio da proporcionalidade, como principal metodologia interpretativa na solução de polêmicas e delicadas causas constitucionais, lançam sérias dúvidas acerca de sua consistência jurídica e podem levar à desconstrução da ideia de que o método proporciona racionalidade.

Portanto, como ressaltado por Roberto Gargarella, se há desejo de um Poder Judiciário melhor, é necessário repensar diversos aspectos que norteiam a atividade judiciária, se deve ser realmente o prolator da última palavra institucional,<sup>249</sup> o que impõe uma reflexão crítica sobre o papel dos poderes constituídos na consolidação da democracia, bem como sobre o método interpretativo adotado pelo Judiciário para a realização de sua atividade.

É essa postura de questionamento e de irresignação que precisa permear a análise acadêmica e da nossa sociedade. Não há posicionamento aqui sobre a justiça das demandas jurídicas brevemente relatadas, mas discussão sobre a suficiência do debate travado para se chegar à decisão final e sobre a utilização retórica de técnica interpretativa para fins de fundamentação. É o debate sobre o caminho a ser trilhado para a construção da decisão final que se mostra necessário.

---

*effective interest in bringing into focus the different, the other. By acting in this way, she frees herself from a belief that methods, predetermined criteria, for they provide "rationality," also do justice to the case, and acknowledges rather that, from a "logical" belief, she might be disrespecting the multiplicity of worldviews that characterizes constitutional democracy. Furthermore, the judge realizes that only by acting towards the other, and not towards what is good for the whole society in a political behavior, will the sought after legitimacy and rationality reveal themselves. Only by grasping that constitutional adjudication has a fundamental role in constitutional democracies insofar as it is an essential institutional instrument to protect the equality as different, in a tense but constructive relationship between constitutionalism and democracy, between law and justice, will it be possible to articulate reason, a limited reason, that is not a simple reproduction of a determined ethos, of a majoritarian point of view, but rather a reason whose limits disclose a self-reflexive practice towards the other (BENVINDO, 2010, p. 384).*

249 Nesse diapasão, são interessantes as conclusões de Roberto Gargarella no sentido de necessidade reflexão sobre o papel Judiciário: *That is to say, a certain degree of political independence and the possession bureaucratic facilities are necessary but not sufficient conditions for ensuring democratic justice. To ensure this goal we need to re-think whether we want judges to have "the last institutional say"; whether we want courts to continue being fundamentally homogenous bodies within fundamentally pluralist societies; whether we want to preserve their detachment from society; whether we want to maintain them basically free from controls and free from any obligation to establish any egalitarian dialogue with the public. In sum, in order to achieve democratic justice we need first to take a fresh and thorough look at the "means" and "motives" we grant to ours justice (GARGARELLA, 2004, 195).*

## CONCLUSÃO

Após o estudo teórico e análise empírica do dia a dia decisório do Supremo, podem ser extraídas algumas conclusões, indutoras de uma reflexão crítica acerca do *status quo* da forma de interpretação constitucional que está impregnada em nossa cultura jurídica.

A doutrina pátria e os operadores do Direito têm, em geral, se posicionado de forma resignada diante da utilização pelo Supremo da técnica interpretativa do princípio da proporcionalidade, um das mais recorrentes, que pode funcionar como instrumento manipulável a subsidiar uma atuação tendente ao ativismo.

A postura crítica, longe de desmerecer o trabalho desenvolvido pelo Supremo de extrema importância para nossa sociedade, contribui para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional ao pretender trazer novos argumentos e contra-argumentos que enriquecem o debate institucional.

A verificação de que a técnica da proporcionalidade tem sido decisiva para resolução das questões mais sensíveis à sociedade serviu de inspiração para a investigação sobre a consistência de sua aplicação, bem como para a indagação a respeito de sua consonância com o arranjo institucional delineado pela Constituição.

Primeiramente, observou-se que a técnica da proporcionalidade, por meio da tríade desenvolvida por Alexy (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), objetiva realizar os princípios concorrentes na maior medida possível até atingir um ótimo de pareto.<sup>250</sup> Entretanto, como exposto, segundo a crítica tradicional perpetrada contra o princípio da proporcionalidade e consubstanciada, destacadamente, nos pressupostos filosóficos de Dworkin e Habermas, essa técnica interpretativa possui fragilidades que podem obstar o alcance da racionalidade a que se propõe.

---

250 ALEXY, 2008.

Conforme a crítica comumente delineada contra a utilização desse princípio, dá-se uma equiparação indevida entre princípios e valores que culmina em riscos de confusão a respeito dos papéis que o Parlamento e o Judiciário devem desempenhar, uma vez que pode resultar numa concorrência de objetivos ou bens contra o Direito vigente, numa análise de custo-benefício efetivada pelo Judiciário. Igualmente, consoante sustentam os autores críticos, para que a técnica de proporcionalidade funcione, Alexy propõe que se estabeleça uma ordem hierárquica, mesmo frágil, de valores, entretanto, o pressuposto de uma escala hierárquica prévia de princípios não se coadunaria com o pluralismo ínsito à sociedade contemporânea, configurando uma solução não democrática de resolução de conflitos normativos. A análise crítica faz-se necessária para ajudar a construir formas de interpretação jurídica que tragam os resultados decisórios mais consistentes, colaborando, portanto, com a desafiadora atividade da prolação da decisão judicial.

No entanto, apesar da crítica realizada à teoria de Alexy no sentido de que proporciona indevidamente a equiparação entre princípios e valores, o que significaria uma indevida usurpação pelo Judiciário da atividade de competência do Parlamento, verificou-se que, na prática do Judiciário, é difícil conceber que a decisão judicial seja proferida num ambiente de isenção de análise e consideração de valores, restringindo-se ao campo abstrato dos direitos.

Como visto, segundo Levinson, decisão judicial é elaborada por meio da consideração e avaliação de outras variáveis, como preocupações com aspectos políticos e consequenciais. Para demonstrar seu ponto de vista, Levinson elabora a distinção entre *rights* e *remedies*, num paralelo similar ao realizado por Dworkin, que distingue *principles* de *policies* (princípios e políticas públicas) para demonstrar que essa distinção não serve para explicar o que realmente acontece na prática decisória e para delimitar o estrito campo de atuação do Judiciário e do Parlamento.

Para esse autor, a distinção rígida entre direitos e *remedies*, que ele chama de essencialismo, serve apenas para manter a ilusão de que os direitos são definidos pelo Judiciário por meio de um processo místico de identificação de valores

constitucionais "puros" sem levar em conta preocupações pragmáticas, obscurecendo a prática real da adjudicação constitucional.

Além disso, a política tem de ser reconhecida como fator influenciador da dinâmica do Judiciário para melhor avaliação crítica do contexto da prática decisória, uma vez que, como já ressaltado, não está imune ao conflito ideológico, não sendo neutro como pode ser alegado, sobretudo ao interpretar a Constituição. Os riscos que podem ser provocados à sociedade pela interação entre política e Judiciário impõem uma reflexão séria acerca dessa relação para impedir interferências perniciosas e sobreposição de um sobre o outro.

Portanto, não obstante as críticas teóricas à estrutura da técnica da proporcionalidade em si e à possibilidade de propiciar decisões consistentes e que trazem racionalidade, foi constatado que o princípio da proporcionalidade pode na prática decisória ser aplicado de forma retórica, podendo ser manuseado para configurar um argumento retórico para esconder as reais motivações que embasam as decisões.

A investigação realizada por Richard Pildes, a respeito de como se dá efetivamente a construção da decisão judicial no âmbito da Corte americana, sendo observada uma concepção estrutural dos direitos e não atomística, traz alerta acerca da possibilidade do uso retórico do balanceamento e dos seus prejudiciais riscos, porquanto pode encobrir as reais motivações das decisões judiciais. Em similar sentido, no âmbito da doutrina brasileira, Marcelo Neves também destaca os riscos do uso retórico dos princípios e da técnica da ponderação, que pode acarretar sérios prejuízos para a consistência jurídica, pois pode servir à acomodação de interesses concretos e particulares em detrimento da força normativa da Constituição.

Foi explanado que a aplicação do princípio da proporcionalidade tem sido realizada de forma retórica pelo Supremo, conforme análise dos exemplos concretos trazidos, obscurecendo os reais objetivos dos julgamentos, como a substituição da decisão do Parlamento pela do Judiciário, podendo funcionar, de consequência, como instrumento viabilizador do expansionismo judicial.

As demandas averiguadas no primeiro capítulo, ADI nº 3.112 que impugnou o Estatuto do desarmamento, ADI nº 3.510 que questionou a possibilidade de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, e ADI nº 2.240, que tratou da constitucionalidade da criação do Município Luís Eduardo Magalhães no Estado da Bahia, ratificam a utilização retórica do princípio da proporcionalidade, caracterizando-se como um instrumento propício para a consolidação do discurso do Supremo de que é o prolator da última palavra institucional. Nesses casos, pode se concluir que o princípio da proporcionalidade foi manuseado com objetivo de justificar a ampliação de poder e influência do Supremo, com substituição de medida de política pública desenhada pelo Parlamento, propostas de criação de normas jurídicas e de atividades administrativas vinculantes para o Executivo.

Importa destacar que vários fatores incentivam uma postura tendente ao ativismo judicial, como o arcabouço legislativo e constitucional, o próprio interesse do Judiciário em aumentar seu espectro de poder, como também a desmobilização dos cidadãos que estimula o paternalismo institucional do Judiciário, e, ainda, os vazios institucionais relegados pelo outros Poderes. Em variadas situações, os demais Poderes não desejam assumir o ônus político da tomada de decisões polêmicas, ou, há a perda política na arena democrática, o que culmina na inclusão do Supremo no jogo político com a esperança de alcançar o que não foi conseguido no espaço parlamentar.

A interação entre a utilização retórica do princípio da proporcionalidade e uma postura mais invasiva na competência do Parlamento, tendentes ao ativismo judicial, põe em risco a tensão produtiva, dinâmica e paradoxal entre constitucionalismo e democracia, diante da possibilidade do Judiciário sobrepujar os demais Poderes. A relação tensa entre constitucionalismo e democracia não pode esmorecer com a sobreposição de um sobre o outro.

O Supremo tem se tornado um importante ator político em nosso regime democrático, definidor dos rumos políticos do país em diversas situações, o que confirma que se vive numa supremocracia, tal como falado por Oscar Vieira, o que

faz exsurgir o intrigante questionamento sobre a prevalência ou não do Supremo como Poder prolator da última palavra institucional.

Inarredável a conclusão de que o Supremo não está fora da política, como às vezes é suposto para justificar sua neutralidade. Na verdade, é um ator político que tem participado de forma efetiva na definição dos rumos de nossa sociedade e do Estado. Direito e política não se confundem, mas também não são totalmente separados, são simbióticos. No entanto, essa constatação não significa que não existam sérios riscos que possam advir de uma atuação política do Judiciário. Por conseguinte, revela-se de suma importância uma reflexão séria acerca da relação entre Judiciário e política para coibir as interferências perniciosas.

Bem assim, a utilização retórica da técnica da proporcionalidade impõe reflexão crítica com relação aos riscos de propiciar uma atuação política disfarçada de decisão técnico-jurídica, por estar fundamentada de acordo com um método interpretativo, supostamente racional. Pode-se averiguar que a técnica do princípio da proporcionalidade, em algumas situações, pode interagir com a postura ativista do Supremo em questões sensíveis para a sociedade, podendo embasar ingerência política do Judiciário em decisões tomadas pelo Parlamento. Não se pode deixar de perceber que o método decisório do princípio da proporcionalidade pode transmutar o discurso jurídico em discurso político.

Dessa forma, diante deste cenário, no qual se constata que o Supremo atua na seara política, pode adotar uma postura mais invasiva na competência do Parlamento, possui perfil principiologista e utiliza a técnica de proporcionalidade como um dos principais métodos interpretativos, percebe-se a necessidade de refletir e questionar acerca da posição institucional ocupada atualmente pelo Supremo em nosso desenho democrático.

Em decorrência da falibilidade inerente às instituições, dos desacordos a respeito da interpretação de direitos, e, por último, em virtude da ausência de certeza a respeito da racionalidade no método interpretativo aplicado que pode encobrir opção política, questiona-se se é o Supremo que tem o direito de errar por último. A relação imbrincada e condicional que pode existir entre ativismo judicial, princípio da

proporcionalidade e política exorta a todos à reflexão e indagação a respeito dos limites institucionais da atuação do Judiciário.

A postura crítica no que concerne ao uso da técnica da ponderação pelo Judiciário e ao tendente ativismo judicial não significa aceitar de forma resignada os equívocos e retrocessos que eventualmente possam ser cometidos pelo Parlamento. O que se defende é que o Judiciário configura um participante a mais no diálogo institucional e não o detentor do papel de prolator da última palavra institucional, exercendo função substitutiva e de revisão das tomadas de decisões políticas realizadas pelo Parlamento. Não se desconhece a imprescindibilidade do Judiciário para a consolidação da democracia em nossa sociedade nem o seu louvável contributo com prolação de importantes decisões, mas se verifica que a sua proeminência pode prejudicar o necessário aprendizado democrático dos cidadãos e o seu amadurecimento político.

Nessa senda, observa-se que o debate sobre o princípio da separação de poderes encontra-se revigorado em virtude da problematização da tensão entre constitucionalismo e democracia em nosso contexto contemporâneo, propiciada pela postura tendente ao ativismo judicial, que pode ser instrumentalizada por meio do uso retórico do princípio da proporcionalidade.

Diante desse contexto, as opções dialógicas mostram-se alternativas interessantes para à superação da dificuldade contramajoritária. A democracia é um projeto inacabado em constante desenvolvimento e amadurecimento e o Judiciário possui papel imprescindível nesse processo. Contudo, a atribuição de prolator da última palavra institucional pode prejudicar o aperfeiçoamento da democracia, que exige uma relação paradoxal com o constitucionalismo para propiciar um contínuo aperfeiçoamento.

É a permanente tensão entre constitucionalismo e democracia, sem primazia de um Poder em detrimento do outro, que propicia um diálogo institucional vibrante e uma aprendizagem contínua a respeito do conteúdo dos direitos. Essa tensão produtiva permanente obsta que a política se manifeste como algo pernicioso e prejudicial aos cidadãos, bem ao contrário, convida-os a integrarem esse debate.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derecho y Razón Práctica**. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. **Ratio Juris**. v. 16, n. 2, junho de 2003, p. 131-40. USA: Blackwell Publishing Ltd., 2003.

\_\_\_\_\_. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. (Trad. de Manuel Atienza). Doxa, n. 05, 1988.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo Malheiros Editores, 2008..

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. Os Princípios Constitucionais entre Deontologia e Axiologia: Pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 493-516, jul.-dez., 2008.

AMARAL, Gustavo. Saúde Direito de Todos, Saúde Direito de Cada Um: Reflexões para a transição da práxis judiciária. **O CNJ e os desafios da Efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

AZEVEDO, Damião Alves de. **Ao encontro dos princípios Crítica à Proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas**. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público)- Universidade de Brasília, Brasília, DF: CEAD/UnB, 2009.. Disponível em: [http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/8/Biblioteca/2\\_textos\\_complementares/Damiao\\_Azevedo\\_-\\_Ao\\_encontro\\_dos\\_principios.pdf](http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/8/Biblioteca/2_textos_complementares/Damiao_Azevedo_-_Ao_encontro_dos_principios.pdf). Acesso em 6 jun. 2010.

BARROSO, Luis Roberto. A viagem redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 213, jul./set. 1998, p. 149-163. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Ano IX, 2007, n. 46. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 14 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Retrospectiva 2008 – Judicialização, Ativismo e Legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito de Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>. Acesso em 21 fev. 2015.

BATEUP, Christine A., "**The Dialogic Promise**: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue" 2005. New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 11. Disponível em: [http://lsr.nellco.org/nyu\\_plltwp/11](http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/11). Acesso em 07 abr. 2015.

BENVINDO, Juliano Zaiden. . Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Um Debate sobre os Limites da Racionalidade. In: GUERRA, Luiz. (Org.). **Temas Contemporâneos do Direito**: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Guerra Editora, 2011, v. 1, p. 560-582.

\_\_\_\_\_. A "Última Palavra", o Poder e a História. O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 201, jan-mar., 2014.

\_\_\_\_\_. Fundo Social do Pré-Sal: Entre a Promessa e o Desafio da Inclusão do Outro. **Revista Pensar**, v. 17, n. 1, 2012, p. 210-228

\_\_\_\_\_. Julgar por Princípios: uma Crítica ao Julgamento Político e Econômico. **Notícia do Direito Brasileiro**, v. 15, p. 155-168, 2009.

\_\_\_\_\_. **On The Limits of Constitutional Adjudication**: Deconstructing Balancing and Judicial Activism. Heidelberg; New York: Springer, 2010.

\_\_\_\_\_. Será que a Comunicação emancipa? Tópicos para Reflexão social e jurídica da Teoria do Agir Comunicativo. In: MIROSLAV Milovic; MAIA Sprandel; COSTA Alexandre Araújo. (Org.). **Sociedade e Diferença**. Brasília: Casa das Musas, 2005, v. 1, p. 261-276.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: Uma Relação Difícil. Lua Nova: **Revista de Cultura e Política**, n. 61. São Paulo: 2004.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**: the Supreme Court at the Bar of Politics, Second Edition, New Haven: Yale University Press, 1986.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade**. 2. ed. (2008) 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Informações sobre o tramite da Lei nº 11.340/2006**. 2006. Disponível em:

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=0F3E60E51F424F3744F8B2BAA639DD15.proposicoesWeb1?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0F3E60E51F424F3744F8B2BAA639DD15.proposicoesWeb1?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004). Acesso em 06 mar. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Informações sobre o tramite da Proposta de Emenda constitucional nº 33/2011**. 2011. Informações encontradas na justificção da PEC. 2011. Disponível em:

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=A49E8865A224876A65CE06C23F1863FB.proposicoesWeb1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A49E8865A224876A65CE06C23F1863FB.proposicoesWeb1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011). Acesso em 22 mar. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer do Relator da Comissão especial, destinada a proferir parecer à proposta de Emenda à Constituição nº 41-A de 1991**. 1991. Disponível em:

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1243004&filename=Dossie+-PEC+41/1991](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1243004&filename=Dossie+-PEC+41/1991). Acesso em 22 jul.2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.826/2003**. 2003a. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm). Acesso em 25 abr. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Código Penal**. 1940. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 25 abr. 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição Federal de 1988**. 1988. Disponível em:

[http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/CON1988\\_07.05.2015/ind.asp](http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/CON1988_07.05.2015/ind.asp). Acesso em 07 maio. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 2.240/BA**. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 09.05.2007. 2007a. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1830215>. Acesso em 25 abr. 2015..

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 3.112/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 02.05.2007. 2007b. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2194197>. Acesso em: 25 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 3.510/DF**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 29.05.2008. 2008. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 25 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 4.424/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 09.02.2012. 2012 Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3897992>. Acesso em 25 abr. 2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 82.424**. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgado em 17.09.2003. 2003b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 25 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS n.º 26.603/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 04.10.2007. 2007c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2513846>. Acesso em 25 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet. n.º 3.388/RR**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 23.10.2013. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>. Acesso em: 25 abr. 2015.

BRITO, José de Souza e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**: Colóquio no 10º aniversário do tribunal constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. **Cadernos da Escola do Legislativo**, n. 5, jan./jun. 1997, p. 27-71.

\_\_\_\_\_. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 88. Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito. Belo Horizonte, dezembro de 2003. p. 81-202.

\_\_\_\_\_. Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, v. 03. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 473-486.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**. A Produtividade das Tensões Principlológicas e a Superação do Sistema de Regras. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

COSTA, Alexandre; Benvindo, Juliano Zaiden, **A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade?** - O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais (Who is Interested in the Centralized System of Judicial Review? - The Mismatch between Theory and Practice in the Protection of

Basic Rights) (April 1, 2014). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2509541> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>. Acesso em 20 de dez. 2014.

COSTA, Alexandre Araújo. **O Princípio da Razoabilidade na Jurisprudência do STF: O século XX**. Brasília: Thesaurus, 2008. Obtida via internet. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/o-principio-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-do-stf-o-seculo-xx/#topo>. Acesso em 12 jun. 2014.

COURA, Alexandre de Castro. Fundamentos de uma jurisdição constitucional: o ainda incontornável debate sobre quem (não) deve ter a última palavra sobre a constituição. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. 6(3):336-350, outubro-dezembro 2014. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.63.10>. Acesso em 06 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Limites e Possibilidades da Tutela Jurisdicional no Paradigma do Estado Democrático de Direito: Para uma análise crítica da “Jurisprudência de Valores”. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coordenação). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004a, p.403-446.

\_\_\_\_\_. **Para uma Análise Crítica da “Jurisprudência de Valores”** - Contribuições para Garantia dos Direitos Fundamentais e da Legitimidade das Decisões Judiciais no Paradigma do Estado Democrático de Direito. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2004.

DWORKIN, Ronald. “A leitura moral e a premissa majoritária”. In: \_\_\_\_ **A leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 01-59.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

\_\_\_\_\_. O Direito como Interpretação. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi (Organizadores). **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**, Barueri, SP: Editora Manole, 2010b, p. 14-41.

\_\_\_\_\_. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. **Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FONTELES, Nazareno. Contra o despotismo legislativo do STF. **Folha de São Paulo**, na parte de Opinião, veiculado dia 4/5/2013. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/05/1273306-nazareno-fonteles-contra-o-despotismo-legislativo-do-stf.shtml>. Acesso em 22 mar., 2015.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review, **Michigan Law Review**, v. 91, 1993.

\_\_\_\_\_. The Politics of Judicial Review, **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. Editora Quartier Latin do Brasil: São Paulo, 2005.

\_\_\_\_\_. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi (Organizadores). **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. Barueri, SP: Editora Manole, 2010, p. 42-60.

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia: O guardião das promessas**. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2. ed. maio de 2001.

GARGARELLA, Roberto. In search of democratic justice - what courts should not do: Argentina, 1983-2002. In: Siri Gloppen, Roberto Gargarella; Elin Skaar (Eds.): **Democratization and the judiciary: The accountability function of courts in new democracies**; pp. 181-197. London: Frank Cass, 2004.

\_\_\_\_\_. **The Constitution of inequality. Constitutionalism in the Americas, 1776-1860**. Oxford University press and New York University school of Law 2005. I CON, v. 3, n. 1, 2005, pp. 1-23.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethhe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2. ed. v. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HIRSCHL, Ran. **The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions**. Estados Unidos: Heinonline: 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1969.

LEVINSON, Daryl J. Rights essentialism and remedial equilibration. **Columbia Law Review**, v. 99, may 1999, n. 4.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição Constitucional e Política: Ativismo e Autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. **Revista Mexicana de Sociología**, México, a. 70, n. 3, p. 487-539, jul.-set. 2008. Disponível em: <http://www.ejournal.unam.mx/rms/2008-3/RMS00800303.pdf>. Acesso em 23 mar. 2015.

O ESTADO DE S. PAULO. Ministros do STF criticam proposta de submeter decisões da Corte ao Congresso. **O Estado de S. Paulo**. São Paulo, 24 abr. 2013. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministros-do-stf-criticam-proposta-de-submeter-decisoos-da-corte-ao-congresso,1025075>. Acesso em 28 mar. 2015.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coordenação). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004a, p.403-446.

\_\_\_\_\_. **Para uma Análise Crítica da “Jurisprudência de Valores”** - Contribuições para Garantia dos Direitos Fundamentais e da Legitimidade das Decisões Judiciais no Paradigma do Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte, 2004b. Dissertação (Mestrado)- Universidade Federal de Minas Gerais.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, p. 183-202, 2000.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. O Projeto de uma Corte Deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paulo; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. pp. 53-74.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**. Direitos Fundamentais e controle da constitucionalidade. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 67-84.

NEVES, Marcelo. A “desrazão” sem diálogo com a “razão”: teses provocatórias sobre o STF. **Revista Consultor Jurídico**, 18.10.2014. 2014a. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf>. Acesso em 05 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014b.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Ativismo Judicial, Moderação e o “Minimalismo Judicial” de Cass Sunstein. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16. Florianópolis. **Anais...** Rio de Janeiro: Fundação Boiteux, 2007, p. 1384-1404. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/claudio\\_ladeira\\_de\\_oliveira.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/claudio_ladeira_de_oliveira.pdf). Acesso em 20 fev. 2015.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coordenação). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004a, p.403-446.

\_\_\_\_\_. **Para uma Análise Crítica da “Jurisprudência de Valores”** - Contribuições para Garantia dos Direitos Fundamentais e da Legitimidade das Decisões Judiciais no Paradigma do Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte, 2004b. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Novas tendências na jurisprudência do STF e a juristocracia**. Rafael Tomaz de Oliveira. Disponível em: [http://constitucionalismoedemocracia.blogspot.com.br/2014\\_04\\_01\\_archive.html](http://constitucionalismoedemocracia.blogspot.com.br/2014_04_01_archive.html). Acesso em 14 jun. 2014.

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Tese (Doutorado em Direito). USP. São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php>. Acesso em 05 abr. 2015.

PILDES, Richard H. The structural conception of rights and judicial balancing. In: **Review of Constitutional Studies**, v. VI, n. 2, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo, 2010.

SANTOS, Clara da Mota. **Ativismo Judicial e Mutação Constitucional**: Uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua “objetivação”. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). UNB. Brasília, 2013. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13900/1/2013\\_ClaradaMotaSantos.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13900/1/2013_ClaradaMotaSantos.pdf). Acesso em 05 abr. 2015.

SCOTTI, Guilherme. **A Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva no Estado Democrático de Direito**. Brasília, DF: CEAD/UnB, 2009. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: [http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/8/Biblioteca/1\\_-\\_Textos\\_base/Texto\\_base\\_4.pdf](http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/8/Biblioteca/1_-_Textos_base/Texto_base_4.pdf). Acesso em 06 jun. 2010.

SELIGMAN, Felipe. Barbosa diz que reduzir poderes do STF fragiliza democracia. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 25 abr. 2013. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/04/1269014-barbosa-diz-que-reduzir-poderes-do-stf-fragiliza-democracia.shtml>. Acesso em 22 mar. 2015.

SILVA, Alexandre Garrido da. **O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição**: Entre o perfeccionismo e o minimalismo. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/alexandre\\_garrido\\_da\\_silva.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/alexandre_garrido_da_silva.pdf). Acesso em 06 abr. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed.. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. Fasc. Civil. São Paulo, a. 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SOARES, Guilherme. **Os Direitos, os Juízes, o Povo**: A cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade. Das Emendas à Constituição de 1988. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/88301/225557.pdf?sequence=1> Acesso em 05 abr. 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coordenadores). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; Barreto, Vicente de Paulo; Oliveira, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. 1(2):75-83 julho-dezembro 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>. Acesso em 05 de abril de 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Accountability e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paulo; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. pp. 75-116.

SUNSTEIN, Cass. **A Constituição Parcial**. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. **A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document doesn't mean what It meant before.** Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. Acordos Constitucionais sem Teorias Constituionais. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, pp. 79-94, set/dez 2007.

\_\_\_\_\_. **Legal Reasoning and Political Conflict.** New York: Oxford University Press, 1996, p. 39.

\_\_\_\_\_. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court,** Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. **Problems with minimalism,** University of Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 276, 2006.

TUSHNET, Mark. **Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?.** Dissent, Philadelphia, v. 52, n. 2, pp. 59-63, Spring 2005.

\_\_\_\_\_. **Taking the Constitution Away from the Courts.** Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law.** Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista DireitoGV** n. 08, p. 441-464, jul./dez. 2008. São Paulo, 2008.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política.** São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação.** Tradução Luiz Carlos Borges; revisão da tradução Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. Judicial Review and the Conditions of Democracy. **The Journal of Political Philosophy** 6, n. 4, nov. 8, 1998, p. 335-355.

\_\_\_\_\_. **Law and Disagreement.** Oxford : Oxford University Press, 2004.