



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

**JUÍZO DE PONDERAÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**  
**pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites**

TESE DE DOUTORADO

(LINHA DE PESQUISA DO PROGRAMA DE DOUTORADO DA UnB -  
Constituição, Processo e Teoria Constitucionais, Direitos Fundamentais)

ORIENTADOR: Professor Doutor GILMAR FERREIRA MENDES

Paulo Gustavo Gonet Branco

junho de 2008

Para Francisco e Marly

**Resumo:**

A tese sustenta que o juízo de ponderação deve ter os seus limites e condicionamentos descobertos a partir do conhecimento das razões históricas a que se liga e das teorias que o explicam, criticam e justificam. Explorando essas vertentes a tese intenta fixar modo de desenrolar do juízo de ponderação, tendo em conta o objetivo a que visa.

**Abstract:**

This thesis maintains that the balancing approach to constitutional adjudication meets its limits and finds its guidelines on the consideration of its historical backdrop and on theoretical studies that explain, reveal downpoints and justify the same approach. Tracking these contributions to the discussion, this thesis tries to unearth rules to tackle the balancing difficulties and to develop the judicial reasoning in accordance to democratic principles in a rule of law context.

**Palavras-chaves:**

Ponderação. Proporcionalidade. Direitos fundamentais. Jurisdição constitucional. Princípios constitucionais. Colisão.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	6
CAPÍTULO 1. Pressupostos históricos do constitucionalismo: bases da jurisdição constitucional e do juízo de ponderação.....	18
O percurso europeu ao encontro do prestígio jurídico das constituições .....	19
Supremacia do parlamento e Constituição .....	34
O modelo europeu de jurisdição constitucional .....	49
O tema da jurisdição constitucional nos Estados Unidos .....	60
Fecho .....	72
CAPÍTULO 2 – O debate teórico: constitucionalismo e democracia e os críticos do juízo de ponderação .....	74
Constituição como ordem de valores .....	78
Os críticos da ponderação.....	83
A crítica de Böckenförde .....	87
A crítica de Schlink, de Habermas e de Ely.....	92
Outras críticas no âmbito norte-americano.....	110
Fecho .....	129
CAPÍTULO 3 – Em favor da ponderação .....	134
Jurisdição constitucional: democracias tradicionais e diálogo com o Legislativo - países redemocratizados e neoconstitucionalismo .....	146
A experiência canadense .....	147
Neoconstitucionalismo.....	158
Fecho .....	171

CAPÍTULO 4 – A ponderação e o tema da existência de uma única resposta correta – aprofundando o entendimento do juízo de ponderação .	175
Dworkin – suas posições básicas e críticas.....	175
Argumentação e Robert Alexy.....	189
A ponderação em Alexy .....	199
O teste da adequação .....	205
O teste da necessidade.....	208
O teste da proporcionalidade em sentido estrito .....	212
Exame da fórmula da ponderação.....	223
Mais além na ponderação .....	231
Fecho .....	241
CAPÍTULO 5 – Ponderação — participação e fundamentação .....	254
O <i>amicus curiae</i> .....	261
Fundamentação dos decisórios na jurisdição constitucional .....	287
Fundamentação e teoria jurídica .....	307
Ponderação, eficácia mínima dos direitos fundamentais e proibição de retrocesso .....	326
Ponderação e incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares.....	341
Ponderação e igualdade.....	344
Fecho .....	363
CONCLUSÃO .....	370
BIBLIOGRAFIA .....	380

## INTRODUÇÃO

A idéia de justiça está indelevelmente ligada à busca de equilíbrio. O balanço de interesses conflitantes que o Direito é chamado a compor captura o esforço último do jurista. Como conciliar pretensões entrechocantes? A quem privilegiar em situações de atritos inconciliáveis? Como impor solução que amenize os riscos de disputas perenes? Enfrentar esses desafios constitui tarefa que se associa à concepção do que seja o trabalho do jurista.

Variam as perspectivas, mas se mantém, mesmo no imaginário social, a noção de que a justiça se faz com apelo à força do convencimento. Resolver conflitos juridicamente é atividade que se liga a discurso, a argumentação. E argumentar é propor soluções que hajam sido elaboradas depois de se ponderarem razões.

A solução por meio do empenho de motivações racionais, entretanto, não impede que se produza violência, resultante da necessidade de o Direito se impor no meio social. A “interpretação jurídica – argúi Robert Cover – acontece num campo de dor e morte. (...) O juiz articula o seu entendimento sobre um texto e, como resultado, alguém perde a sua liberdade, a sua propriedade, os seus filhos e, até, a sua vida”<sup>1</sup>.

Ainda que se tenha como excessiva a ênfase nas conseqüências dramáticas da ação concreta do direito, a consciência dessas graves possibilidades não pode ficar ao largo da atenção do jurista, quando delibera.

O imaginário popular tampouco exclui o exercício da força como elemento intrínseco ao desempenho da justiça, mesmo que a literatura especializada, na increpação de Cover, tantas vezes o oculte.<sup>2</sup> De fato, a representação da justiça nas imagens colhidas de variadas manifestações artísticas liga ponderação e força, razão e violência, conduzindo à idéia de que cabe à justiça a imposição austera do que é estimado devido, segundo uma ordem racional, formada pela consideração desapaixorada dos interesses em atrito. Não por outro motivo mostra-se tão comum o ícone da justiça como deusa vendada, que decide o que é justo de modo neutro, por meio de uma balança, impondo o resultado pela força estilizada na figura da espada.

Essa é a idéia de justiça que a iconografia revela e reproduz. A deliberação judicial é ato de uma deusa, que mantém os olhos cegos, auto-restringindo-se, para imparcialmente ponderar razões e aplicar o que delibera.<sup>3</sup>

Figurar a atividade de realizar o Direito em imagens antropomórficas é uma propensão antiga, que transpõe os limites da tradição ocidental.

---

<sup>1</sup> Robert Cover. "Violence and the Word" *Yale Law Journal*, vol. 95 (1985-1986), p. 1601.

<sup>2</sup> Cover, "Violence...", ob. cit., pp. 1602 e 1613. Cover denuncia o que tem como tendência moderna de restringir a atividade de interpretar a uma higiênica busca de sentido para as instituições, rebuçando assim o fato de que "as palavras dos juízes servem como virtuais gatilhos para a ação", capazes de despertar violência, "ainda que a interpretação que a ocasiona seja distinta dos atos de violência que ela enseja" (id., p. 1613).

<sup>3</sup> Dennis Curtis e Judith Resnik, apoiados em Robert Cover, aventuram a idéia de que a venda com que a deusa da justiça se apresenta, se significa imparcialidade, participa de um outro nível mitológico igualmente rico em conotação. Os autores propõem a fábula de que os deuses, para pôr fim a querelas e estabelecer a paz, partiram para a tarefa de eleger aquele que deveria ser o árbitro imparcial das suas contendas. No processo de seleção, um jovem intemorato se voluntaria, mas, se não cede a ameaças, deixa-se seduzir pela beleza das ninfas. Um outro candidato mais entrado em idade, imune às manobras da malícia e à sedução da beleza, abala-se, entretanto, diante do pulso firme, assim também se desqualificando. O concurso prossegue, até que a deusa Justitia, ciente dos seus limites, ata uma echarpe aos olhos. A intenção é bem compreendida: não vendo, ela não teme e não se seduz pelas formas. É escolhida para o mister, dada a óbvia preocupação que demonstra em se distanciar dos fatos, buscando julgar, não pelo que conhece diretamente, mas pelo que lhe chega como argumento pelas partes, livrando-se dos riscos sutis do favorecimento ou do temor que o conhecimento direto dos fatos lhe sugiram. Justitia não é cega, mas voluntariamente deixa de

Em variadas culturas, a imagem da justiça se adorna de características transcendentais, sempre ligada a formas vigorosas de virtudes, dentre as quais se ressalta o equilíbrio.

Propor imagens da justiça é hábito que recua a milênios anteriores ao da civilização cristã. Curtis e Resnik<sup>4</sup> localizam a primeira conhecida representação da justiça na cultura egípcia antiga, identificando-a na deusa Ma'at, a que se seguiram Têmis e Dike na Grécia antiga e Justitia, esta sob o domínio romano.

Na época medieval, a Justiça aparece como uma das virtudes cardeais, ao lado da prudência, da temperança e da fortaleza. É com o Renascimento que se retorna às formas alegóricas iniciais.

Nos nossos dias, a justiça resta como a única das virtudes a sobreviver em representações alegóricas. Como deusa, está erigida à frente do Supremo Tribunal Federal, no topo do mais conhecido tribunal inglês (The Old Bailey), na Suprema Corte americana e retratada ou modelada em tantos outros prédios e documentos de órgãos públicos, incumbidos de executar leis no Brasil e em outros tantos Estados.

O paralelo da Justiça com a balança é, da mesma forma, consideravelmente longo. Curtis e Resnik falam no Livro da Morte, de cerca de 1400 AC, em que os egípcios representavam a alma de um morto sendo pesada numa balança, na qual se equilibram os feitos do falecido com o contrapeso do direito e da verdade.<sup>5</sup>

No Antigo Testamento, também Jó clamava por que fosse pesado na “balança

---

ver diretamente, para se concentrar no que lhe é relatado, de modo objetivo e racional, num procedimento direcionado a obter uma deliberação.

<sup>4</sup> Dennis Curtis e Judith Resnik. “Images of Justice”. *Yale Law Journal*, n. 96 (1986-1987), p. 1729.

<sup>5</sup> Curtis e Resnik, “Images...”, p. 1741.

da justiça”.<sup>6</sup> Da mesma forma, o Alcorão cogita da imagem da balança para expressar a fórmula do julgamento divino.<sup>7</sup>

A imposição dos julgamentos, entretanto, não dispensa a coerção, tornando particularmente atraente, para os poderes em todos os tempos, vincular essa realidade à noção asséptica de um julgador distante da subjetividade humana e da falibilidade dos juízos terrenos. Permite-se a impressão de que as deliberações se estabelecem em nome de uma deusa que, na objetividade da balança, afere fatos e valores, cuidando para que cada qual receba exatamente aquilo que lhe é devido, advertindo, com a espada, para o rigor na obediência ao seu juízo.<sup>8</sup>

A imagem da Justiça, como conhecida hoje, não é a única forma alegórica de que se tem registro.

Nos séculos XV e XVI, moedas foram cunhadas com inspiração no relato de Heródoto do episódio em que Cambyses, reinando na Pérsia, manda que Sisamnes, juiz corrupto, tenha a sua pele retirada do seu corpo vivo, para que com ela viesse a ser forrada a cadeira em que Otanes, filho de Sisamnes, deveria sentar-se, sucedendo ao pai como magistrado. O confrangedor acontecimento teve também a sua pintura encomendada para ser exposta no palácio em que atividades judiciárias eram desenvolvidas em Brugges, na Bélgica, no século XV.<sup>9</sup>

Curiosamente, no mesmo período, imagens de juízes com as mãos cortadas ganharam espaço na Suíça e na Alemanha, buscando efeito didático – quer o de alertar

---

<sup>6</sup> Jó, 31, 5,6: “Se tenho andado com falsidade e o meu pé se tem apressado para o engano: pese-me ele na balança da justiça e conhecerá Eloé a minha inocência”.

<sup>7</sup> De acordo com Curtis e Resnik, “Images...”, ob. cit., p. 1741.

<sup>8</sup> Ihering foi um dos que ajudou a reforçar o símbolo da necessidade da conjugação da força com a ponderação, ao dizer: “Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a

para as penas merecidas por quem recebia favores e propinas, quer o de assegurar aos jurisdicionados que os seus juizes não possuíam mãos para aceitar tais ofertas, numa versão mais escandalosa da venda sobre os olhos da deusa Justitia.<sup>10</sup>

Sabidamente, não são essas atormentadoras representações de quem dispensa justiça que chegam aos nossos dias. A idéia da justiça vendada associa-se, hoje, ao poder de julgar independente do soberano, imparcial no seu juízo, insensível ao prestígio dos litigantes, adepto do tratamento igualitário das partes.

A essa mesma impressão serve a imagem da balança, sugerindo a possibilidade e a realidade de julgamentos exatos, objetivos, imparciais, independentes de qualquer outro fator que não sejam os eventos a serem ponderados para a solução precisa.<sup>11</sup>

Decerto que as mesmas imagens podem ser compreendidas sob outra ótica. Prestam-se a sugerir a tensão elementar que enerva a atividade de interpretar e aplicar o Direito com a força de todo o poder do Estado – remissão a que mais se aproximam as preocupações que animam esta tese.

A imagem da justiça, que nos chega hoje, tão forte como há mais de dois mil anos, ressalta um aspecto paradoxalmente impossível e necessário da atividade de resolver conflitos por meio do direito. A deusa da justiça, para ser imparcial, está de olhos vendados, mas, para julgar, não pode dispensar o recurso aos sentidos e às impressões subjetivas. A balança da justiça haverá de pender para o prato em que se

---

força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito”. Rudolph von Ihering. A Luta pelo Direito. Lisboa: Sillaud, Alves & C<sup>a</sup>, s/d, pp. 31-32.

<sup>9</sup> Cf. Curtis e Resnik, “Images...”, ob. cit., pp. 1749-1750.

<sup>10</sup> Id, pp. 1752-1754.

<sup>11</sup> A própria idéia da Justiça como mulher – desempenhando uma atividade que somente no século passado se lhe foi aberta – também exclui o ofício de produzir justiça do comum e corriqueiro.

somarem as considerações de maior peso, mas é o julgador quem as seleciona, ao distinguir o que lhe parece relevante para a configuração do caso.

Persiste, assim, o interesse em surpreender, na atividade de interpretar e aplicar o direito o que nela há de mitológico e imaginoso, achando correspondência exclusivamente em figuras alegóricas. Continua vivo o interesse em explorar a atividade do sopesamento de razões e interesses no domínio das deliberações judiciais, atentando-se para os limites e condicionantes da tarefa, em prol do seu refinamento. Tudo isso é reclamado para que o ideal do juízo perfeito sobre o bom e o justo, apurado com a exatidão e a correção da proverbial balança, mesmo que inatingível, prossiga a inspirar o aperfeiçoamento da atividade de adjudicação do direito.

Esta tese pretende explorar aspectos do juízo de ponderação que o juiz constitucional é chamado a efetuar. Palavras como *balanço*, *sopesamento*, *ponderação*, *proporcionalidade* e *peso* serão repetidas vezes empregadas. Em tantas das páginas a seguir, a imagem da justiça portando a imemorial balança acerca-se, mesmo que imperceptível, das considerações feitas. Com ela, a sombra da espada também se delinea em cada tentativa de compreender os conflitos, imprimindo na lembrança a realidade de que a atividade jurídica, se gera soluções, também é fator de dor e de angústia. Busca-se, afinal, a justiça pela correta ponderação de bens, razões e interesses e esse objetivo comanda os esforços para o encontro do método que o favoreça.

As imagens da justiça recordam tensões que envolvem a atividade de julgar – como a necessidade de saber convivendo com a impossibilidade de se conhecer correta e suficientemente o que é indispensável para o balanço de fatos e razões que o ato de deliberar exige. Da antigüidade dessas formas simbólicas pode-se, acaso,

“derivar algum conforto – e ameno divertimento – por saber que não somos os primeiros a perceber essas tensões, os hiatos entre imagens e realidade”.<sup>12</sup> Entendida como recordação de conflito e de desafio, a infalível imagem da Justiça, mais do que trivial logomarca de órgãos estatais, é metáfora que impele a adentrar o exame do ofício de julgar.

Esta tese nasce de um tal intuito. Anima-se da sentida necessidade de se melhor distinguir o papel e os limites que se encerram na atividade de julgar segundo juízos de ponderação. Parte do pressuposto de que “justiça significa julgar sem consideração de pessoas; medir a todos pelo mesmo metro”, na definição-apelo lançada por Radbruch, nos famosos Cinco Minutos de Filosofia do Direito<sup>13</sup>, em que reponta o reconhecimento da insuficiência do positivismo no trato do direito e se reitera o ideal da justiça fundada na igual consideração dos que têm um conflito a resolver. Esta tese se constrói sobre a convicção de que o direito não há de se resumir à mera aplicação de textos legais e de que estes não abrangem todo o direito, podendo mesmo contradizê-lo. A tese, sobretudo, presume o direito como resultado de sopesamentos indeclináveis, regidos por aqueles ideais que Radbruch sumulou nos “três valores que todo o direito deve servir: o bem comum, a segurança jurídica e a justiça”. Valores aos quais cabe acrescentar a *igualdade*, para que obtenhamos os termos que, hoje, servem de critério do jurídico, já que “pode haver leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade e até o caráter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados”.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Curtis e Resnik, “Images...”, pp. 1760-1761.

<sup>13</sup> Gustav Radbruch. Filosofia do Direito. (trad. Cabral de Moncada). Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961, vol II, p. 212.

<sup>14</sup> Radbruch. Filosofia..., ob. cit., p. 213. Outro não é o entendimento de Rudolf Stammler, ao dizer que “todo Direito é intento de Direito justo” (Rudolf Stammler. Tratado de Filosofia del

A atividade jurisdicional não mais se entende como um exercício de pura extração de conclusões a partir de premissas inequívocas estabelecidas pelo julgador. Impõe-se que a decisão seja justa e ela o será – adverte-se na linha não-legalista– “se puder ser justificada por meio de razões suficientes, mesmo que não sejam peremptórias”.<sup>15</sup>

Isso é assim em todos os domínios do Direito. Decerto que, quanto mais aberta a textura normativa do ramo jurídico considerado, maior haverá de ser o espaço para o confronto de teses igualmente razoáveis. No Direito Constitucional, com o fenômeno cunhado de “rematerialização da Constituição”<sup>16</sup>, que se exprime pela multiplicação de normas de cariz principiológico, a tendência é a da assiduidade das colisões de

Derecho. Madri: Réus, 1931, p. 241, nota 4). Na mesma linha, Robert Alexy, para quem alguma pretensão de correção é também rasgo característico de toda norma e de todo ordenamento jurídico, o que o leva a afirmar que tanto um sistema jurídico como uma norma isolada perdem o seu caráter *jurídico*, quando são extremamente injustos (Robert Alexy. El Concepto y la Validez del Derecho. Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 92-95). O autor admite ser “pressuposto da validade jurídica de uma norma particular que ela possua um mínimo de justificabilidade moral” (id., p. 94), embora sustente que o papel da validade moral no marco da validade jurídica das normas e dos sistemas normativos se veja aplicado “apenas a um caso limite”, já que “a legalidade conforme o ordenamento é, no marco de um sistema jurídico socialmente eficaz, o critério dominante da validade das normas” (id., p. 95).

<sup>15</sup> Chaïm Perelman. Droit, Morale et Philosophie. Paris: LGDJ, 1976, p. 166. Nesta frase, antecipa-se o ponto nuclear deste estudo, que gira em torno do pressuposto de que, num contexto social pluralista, é possível que mais de uma solução se apresente como razoável, “enquanto expressão de um ponto de vista coerente e filosoficamente fundado” (id. p. 167). É aí, então, que “se manifesta a fecundidade de um diálogo que permite a expressão completa dos pontos de vista opostos, permitindo, igualmente, a esperança de se elaborar mais adiante um ponto de vista mais global, que leve em conta essas mesmas teses opostas” (id. p. 166). De toda sorte, sabe-se que uma só linha de conduta deve, por motivos práticos, subsistir, daí a submissão dos pontos de vista confrontantes a um procedimento que guie a escolha, sem que isso desqualifique necessariamente como desarrazoada a tese vencida. Perelman remata: “quando numa comunidade política ou num tribunal, é preciso escolher entre uma variedade de opções todas igualmente razoáveis, o critério de decisão pode ser reconhecido por todos, como questão de oportunidade, sem implicar de forma alguma que se esteja atribuindo caráter desarrazoado à solução descartada” (id. p. 167).

<sup>16</sup> A expressão é corrente entre autores espanhóis. Prieto Sanchís a ela se refere, ligando-a à idéia de uma “normatividade superior que se propõe a regular não somente como se adotam as decisões, senão que também, em alguma medida, quais as decisões que devem ou não ser adotadas” (Luis Prieto Sanchís. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 105).

pretensões e valores díspares. Esses conflitos revestem-se de essencial importância, uma vez que concernem a aspectos de estrutura do próprio Estado e importam consequências decisivas para a compreensão dos direitos fundamentais.

A tese pretende ocupar-se das ponderações que essas tensões intra-constitucionais incitam no âmbito da jurisdição constitucional.

O assunto ganha relevo, porque se reconhece *status* jurídico sem par à Constituição no contexto das normas jurídicas e um papel decisivo na ordenação da sociedade. Nesse quadro, a preeminência crescente do juiz constitucional na tarefa de realizar, mesmo que em escala tópica, a ponderação entre valores atritantes da Constituição agudiza uma das oposições capitais para o jurista de hoje — aquela que retesa o ideário da soberania popular e da democracia-representativa de um lado, e, de outro, o valor informador do constitucionalismo, relativo à limitação das maiorias por meio dos direitos humanos e do controle de constitucionalidade.

A compreensão dos desdobramentos práticos e teóricos do juízo de ponderação não dispensa situar o tema sob a perspectiva histórica dos postulados básicos que lhe estão subjacentes, nem permite que se descure dos pressupostos filosófico-políticos que condicionam a justificativa, os limites e a metodologia dessa atividade jurisdicional. O primeiro capítulo da tese se dedica a traçar um esboço de história do constitucionalismo, buscando situar o que há de importante para o atual fenômeno da generalizada acolhida do juízo de ponderação nas jurisdições constitucionais.

O segundo capítulo está voltado para narrar e analisar as críticas que o modelo axiológico do constitucionalismo vem provocando, colhendo-se dessas oposições o que exibem de vulnerabilidade jurídico-política da prática da ponderação judicial.

O terceiro capítulo alinha idéias que sustentam a utilidade e a validade do juízo

de ponderação, mesmo em face das críticas que atrai, e repassa algumas experiências concretas de aplicação do juízo da ponderação em sede de jurisdição constitucional.

O quarto capítulo se ocupa da questão da existência de uma única resposta correta para todo problema jurídico. Abre margem para que se avalie o método da ponderação ante a sua tendência em admitir soluções plurívocas para os conflitos entre princípios constitucionais. O capítulo alude a enfoques de Ronald Dworkin e, como contraponto, crava a atenção nas contribuições doutrinárias de Robert Alexy. Este capítulo busca fixar, com mais detimento, as características do raciocínio jurídico centrado na ponderação. A metódica da ponderação é explorada em seus diversos matizes, aproveitando-se as análises ensejadas pelos já identificados problemas que suscita. O quarto capítulo torna patente a filiação da tese ao marco teórico representado pelo conjunto da obra de Alexy, numa linha inspirada e incrementada por ideais de democracia deliberativa. A tese busca somar aprofundamentos e perspectivas concretas às formulações teóricas do professor de Kiel. Essas idéias e suas derivações práticas servem de base para o capítulo seguinte da tese, que se monta sobre a concepção de juízo ponderativo desenvolvida nessa parte do trabalho.

O quinto capítulo extrai conseqüências dos lineamentos com que se conformou o juízo de ponderação, no intuito de revelar e propor comportamentos e procedimentos necessários para reduzir o coeficiente problemático desse exercício na jurisdição constitucional. Nessa parte mais estirada e de mais acentuada preocupação prática, cuida-se da necessidade da abertura da jurisdição constitucional a um universo amplo de participantes. É o momento em que se desenvolvem considerações sobre o *amicus curiae* e sobre a sua importância para se balizar o juízo de ponderação e alçá-lo na escala da legitimidade político-jurídica.

O mesmo propósito de apresentar mecanismos de contenção do fator de

discrecionabilidade judicial e de inculcar racionalidade e controlabilidade à atividade da ponderação inspira a parte deste capítulo que versa o tema da fundamentação dos juízos de sopesamento. Cogita-se, aqui, não apenas das exigências de forma relacionadas com este dever insuperável do juiz constitucional, como também se avançam considerações sobre a importância do saber jurídico assentado e compendiado pela doutrina, como elemento de orientação e de restrição à prática de equilibrar princípios constitucionais.

O capítulo está integrado com exemplos da jurisprudência brasileira, que tanto se prestam para ilustrar as idéias que a tese explicita, como servem de objeto de crítica acadêmica. Intenta-se a compreensão integrada dos pressupostos de fato e teóricos do juízo de ponderação, na unidade de uma inteligência abrangente desse método de aplicação do direito. Acode-se ao propósito de tornar mais preciso, controlável e legítimo o emprego da clássica balança na atividade de concretizar a Constituição.

Dá-se, então, por concluído o empenho inspirado pelo tema que intitula a tese.

Convém ressaltar que a tese equipara juízo de ponderação ao procedimento de tomada de decisão empregado pelo juiz quando lida com tensões entre valores ou interesses constitucionais que se triscam. Ao conferir preferência a um valor sobre outro, o juiz, na realidade, realiza uma ponderação, mesmo que não o explicita nem cumpra os requisitos formais que o procedimento exige.<sup>17</sup> Do ponto de vista estritamente técnico, a ponderação também é referida na tese como o terceiro elemento do princípio da proporcionalidade – o teste da proporcionalidade em sentido estrito.

---

<sup>17</sup> A propósito, Alec Stone Sweet e Jud Mathews. “Proportionality, balancing and global constitutionalism”. Yale Law School Faculty Scholarship Series, 2008, paper 14, pp. 2 e 10.

Esclareça-se, por fim, que as citações de fontes estrangeiras, quando não esclarecido diferentemente, foram livremente traduzidas pelo autor da tese.

## **CAPÍTULO 1. Pressupostos históricos do constitucionalismo: bases da jurisdição constitucional e do juízo de ponderação**

As próximas páginas resultam da convicção da utilidade de uma abordagem, mesmo que mínima, da influência de acontecimentos e de idéias políticas na formação do constitucionalismo e na configuração da justiça constitucional.

Ainda que não se tenha por meta uma investigação exaustiva do tema, cabe pôr em realce alguns acontecimentos e achegas teóricas que auxiliam a melhor compreender os postulados do constitucionalismo atual e as críticas que são dirigidas a práticas contemporâneas no âmbito da jurisdição constitucional – sobretudo no que diz respeito ao exercício da conciliação de valores e princípios constitucionais.

Cumprido iniciar o tópico, revisitando os momentos relevantes que conduziram ao prestígio normativo de que a Constituição desfruta hoje.

A assertiva de que a Constituição tem valor de norma – e de norma suprema do ordenamento jurídico –, se nos nossos dias passa por um truísmo, exprime, na realidade, um produto do pensamento constitucionalista que culmina uma sucessão de registros de inteligência sobre o tema, muitas vezes descontraídos.

O constitucionalismo moderno é entendido como “o processo histórico-cultural, em virtude do qual a relação entre detentores do poder e quem a ele está sujeito se configura como uma relação jurídica, definida, regulada e submetida a

regras jurídicas conhecidas”.<sup>18</sup> A normatização dessa relação jurídica ocorre hoje, em toda parte em que o constitucionalismo vingou, salvo esporádicas exceções, precipuamente por meio da Constituição. Embora consabido, não custa lembrar que o reconhecimento da Constituição como instrumento normativo superior e condicionante da validade de todos os atos dos poderes públicos é fenômeno que não aconteceu simultaneamente na Europa e na América. A acolhida do pleno valor jurídico da Constituição no âmbito da Europa continental retardou-se em mais de um século, quando comparado com o que vivenciaram os Estados Unidos.

### **O percurso europeu ao encontro do prestígio jurídico das constituições**

Na Europa, os movimentos liberais a partir do século XVIII enfatizaram o princípio da supremacia da lei e do parlamento, o que terminou por deixar ensombrecido o prestígio da Constituição como norma vinculante, reduzindo o impacto do ideário constitucionalista sobre a prática política real.

No plano das idéias, o constitucionalismo é tributário do pensamento comprometido com o propósito de situar o poder em origem laica, ensejador da teoria do contrato social. A doutrina elaborada a partir dos séculos XVII e XVIII situou o poder político como o resultado da deliberação de indivíduos que, “guiados por seu próprio interesse, decidem constituir o Estado, com o propósito de obter determinados fins e objetivos”.<sup>19</sup>

As disputas pelos tronos, louvadas em pretensões conflitantes, decorrentes de

---

<sup>18</sup> Prieto Sanchís. Justicia..., ob. cit., p. 34.

<sup>19</sup> Prieto Sanchís. Justicia..., ob. cit., p. 36.

interpretações diversas de um direito divino ao poder, haviam ensejado conflitos excessivos e a hora histórica reclamava uma justificação diferente para a autoridade. O desafio estava em delinear uma alternativa à teorização, traçada por Jean Bodin (1529-1596), do poder soberano, como absoluto, e como tal perpétuo, originário, desprendido de qualquer delegação, não derivado de qualquer outro poder humano.<sup>20</sup> Se a teoria calhava ao propósito de justificar o exercício do poder sem controle ou contrapeso e sem necessidade de prestação de contas, pendia, no entanto, de razões metafísicas, capazes de conduzir a polémicas cruentas.

Hobbes (1588-1679) se lançou à tarefa aguardada, ao escrever o Leviatã<sup>21</sup>, em 1651, logo depois dos acontecimentos ingleses de 1649, que compreenderam a condenação à morte do rei, a extinção da Câmara dos Lordes e o surgimento da república.

Hobbes deplorou a situação, que estimou decorrente da luta de facções na disputa pelo poder. Sustentou que o soberano deve ser individualizado de modo claro, para se prevenir a dissolução do Estado. A associação política necessitaria de uma lei fundamental, que apontasse o soberano e declinasse os seus poderes irrevogáveis. Sem essa lei fundamental, o Estado não subsistiria.

A teoria de Hobbes teve repercussões fundas e duradouras. Edmundson assevera que “não seria exagero dizer que, desde Hobbes, a história da filosofia política se transformou em um conjunto de esforços de diferenciação entre os

---

<sup>20</sup> Cf. A propósito, Maurizio Fioravanti. Constitucion – da la Antigüedad a Nuestros Días. Madri: Trotta, 2001, pp. 73 e ss.

<sup>21</sup> O Leviatã é um monstro marinho, que aparece referido em passagens do Antigo Testamento, em Isaías (27:1), nos Salmos (74, 104) e no Livro de Jó (41:1-34). O termo *Leviatã* liga-se, em Hobbes, à noção de um homem artificial, monstruosamente grande e avassaladoramente forte.

elementos atrativos e os repulsivos na teoria deste pensador”.<sup>22</sup>

Para Hobbes, diferentemente do que propugnava Bodin, o poder tem uma origem. O ente político é visto como constituído pelos indivíduos e como instrumento de superação do estado de natureza, que se marcaria pela propensão ao conflito, gerado pela busca egoísta do interesse de cada indivíduo, a tornar impossível o gozo da propriedade e a preservação da própria vida.<sup>23</sup>

No Estado de natureza, segundo a cogitação de Hobbes, os homens retêm todos os direitos, mas se vêem em constante conflito uns com os outros, porque todos afirmam direitos contrastantes; daí a necessidade de instituírem um soberano, o Leviatã, a quem transfeririam a titularidade de todos os direitos antes detidos de modo inútil, porque não garantido. O soberano poderia conceder aos súditos direitos civis, mas lhe era facultado a qualquer momento reassumi-los. Não prestaria contas dos seus atos a ninguém. Para Hobbes, enfim, na síntese buscada em frases do seu Leviatã a que procede Edmundson, “sem as restrições que o Estado impõe, a vida seria ‘solitária, miserável, sórdida, brutal e curta’, sendo necessário um poder soberano para evitar as horrendas circunstâncias de uma ‘condição de simples natureza’, que é uma situação de ‘todos os homens contra todos os homens’”.<sup>24</sup>

A doutrina de Hobbes, portanto, se afasta do pensamento de Bodin no que tange à origem do poder, que, para o inglês, tem feição contratualista. As conseqüências da doutrina não são, evidentemente, revolucionárias, mas conservadoras.

---

<sup>22</sup> William A. Edmundson. Uma introdução aos direitos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 35.

<sup>23</sup> A propósito, Fioravanti, Constitucion..., ob. cit., p. 81.

<sup>24</sup> Edmundson. Uma Introdução..., ob. cit., pp. 32

A teoria do pacto social em Hobbes, se é apresentada como alternativa à invocação do direito divino do monarca, é, de outro lado, a confirmação do poder deste, já que, sem a entrega dos direitos básicos ao soberano, seria impossível superar o ainda mais terrível estado de natureza.

A doutrina de Hobbes não deixa de apresentar aspectos convidativos ao autoritarismo.<sup>25</sup> Essa consequência repugna a outro pensador, que também se defronta com a necessidade de justificar, sem a invocação metafísica, a origem do poder.

John Locke<sup>26</sup> se aliara, na Inglaterra, aos que pretendiam conter o poder do monarca, tornado ilimitado, após a restauração da monarquia em 1660. Locke esteve com os vencedores da Revolução Gloriosa, que impôs o governo moderado.

O Parlamento marcou, com a Revolução Gloriosa, o caminho para uma posição de supremacia, em contrapeso à Coroa. Reafirmou-se a titularidade do rei no Executivo, mas o *Bill of Rights* restringiu-lhe os poderes. Ao rei foi recusado o poder de impor tributos e de convocar e manter exército sem a autorização do parlamento. O princípio da soberania do parlamento assinalou para o ramo legislativo do governo “o direito de fazer ou desfazer qualquer lei que seja; e, mais, [significou] que nenhuma pessoa ou entidade goza de reconhecimento legal para superar ou deixar de lado a

---

<sup>25</sup> A Propósito, Edmundson. Uma introdução..., ob. cit., pp. 32-35. O autor, para acentuar a óbvia motivação do temor no pensamento de Hobbes, relata que o próprio Hobbes o admitia, dizendo, mais, que ele próprio nascera do medo, já que a sua mãe entrara em precoce trabalho de parto, ao se apavorar com o boato de que a invencível armada espanhola se acercava da Inglaterra (id. p. 32).

<sup>26</sup> Locke (1632-1704), que era médico e foi professor em Oxford, sofreu diretamente as consequências das contendas pelo poder a partir de razões religiosas. Ele se envolveu nas escaramuças que marcaram a disputa pelo trono inglês entre católicos e protestantes e foi obrigado a se exilar na Holanda, de onde retornou para a Inglaterra em 1689, ao fim da Revolução Gloriosa. cf. Edmundson, Uma Introdução..., ob. cit., p. 39.

legislação do parlamento”.<sup>27</sup>

Essa forma de governo moderado teve em Locke atento observador. Em 1690, foi publicado o Segundo Tratado do Governo Civil<sup>28</sup>, em que pensador reflete sobre o momento histórico.

Entende-se que Locke se sentisse estimulado a propor uma teoria que afastasse a origem do poder monárquico de justificações religiosas, sem recair, contudo, no vértice absolutista, característico de Hobbes – o que seria inconsistente com os resultados da Revolução Gloriosa. Locke não menciona na sua obra o nome de Hobbes, mas se descobre neste o adversário contra quem esgrime as suas teses.<sup>29</sup>

Locke, como Hobbes, também admite uma condição de natureza anterior à organização política, vista esta como modo aperfeiçoado de convivência. Mas, a seu ver, os indivíduos, antes da formação da sociedade política, não estariam num estado natural de guerra contra todos. Não teriam, diferentemente do que pensava Hobbes, o direito de causar dano a outrem. Os indivíduos poderiam apropriar-se de bens existentes, desde que deixassem outros em boa quantidade e qualidade para os demais. Haveria, então, um direito natural à propriedade e um direito natural de punir quem violasse a lei da natureza.

Uma vez que os indivíduos nem sempre estariam aptos para compreender corretamente o direito natural, a fruição deste recomendaria a instituição de um poder temporal que, imparcialmente, resolvesse controvérsias e impusesse reparações e sanções. Quando essa sociedade política é instituída, os indivíduos cedem a esse

---

<sup>27</sup> A fórmula é de Dicey, recolhida por Jutta Limbach (“The Concept of the Supremacy of the Constitution”. The Modern Law Review. Londres, janeiro de 2001, vol. 64, n. 1, p. 1).

<sup>28</sup> Locke. Segundo Tratado sobre o Governo. São Paulo: Martin Claret, 2002.

poder público parcelas dos seus direitos naturais, necessárias para a consecução dos fins de segurança almejados.

A fonte de legitimidade do governo é, pois, o consentimento dos governados, que ocorre, no mais das vezes, de modo tácito.

A sociedade política tem em mira “*o desfrute da propriedade em paz e segurança*”.<sup>30</sup> O poder, então, há de ser exercido para o bem geral da comunidade, com vistas a garantir condições propícias à paz e ao gozo da propriedade.<sup>31</sup> Quando o Estado não respeita os direitos, age *ultra vires*, com excesso de poder, justificando a resistência dos governados. O poder absoluto, arbitrário, é incompatível com a teoria de Locke, já que provocaria insegurança maior do que aquela que levou os indivíduos a formar a sociedade política.

Na sociedade política, tornam-se exequíveis instituições incogitáveis no estado de natureza, tal como a do legislador razoável, a do juiz imparcial e a do poder executivo, garantidor, na prática, das decisões tomadas.<sup>32</sup> Segundo Locke, o legislador não gera direitos, mas aperfeiçoa a sua tutela, o que pressupõe a preexistência desses direitos. Daí que não pode atuar de modo arbitrário sobre a vida e a propriedade dos indivíduos.

---

<sup>29</sup> cf. Edmundson, Uma Introdução..., p. 39.

<sup>30</sup> Locke. Segundo Tratado..., ob. cit., p. 98 (capítulo XI, n. 134). Em outra passagem (capítulo IX, n. 124, p. 92), lê-se que “o maior e principal objetivo de os homens se reunirem em comunidades, aceitando um governo comum, é a preservação da propriedade”.

<sup>31</sup> Cf. Locke. Segundo Tratado..., ob. cit., p. 101 (capítulo XI, n. 136):

“Para evitar percalços que perturbam os homens no estado de natureza, estes se unem em sociedade para que a somatória de suas forças reunidas lhes granta e assegure a propriedade, e para que desfrutem de leis fixas que a limitem, que esclareçam a todos o que lhes pertence. É essa a finalidade de os homens transferirem todo poder que possuem naturalmente à sociedade à qual se filiam (...); caso contrário, a paz, a propriedade e a tranquilidade continuariam na mesma incerteza em que se encontravam no estado de natureza”.

<sup>32</sup> A propósito, o capítulo IX do Segundo Tratado..., ob. cit., p. 92-93.

Locke se voltou contra o perigo da concentração de poderes. Rejeitou a assimilação pela assembléia legislativa dos poderes executivos, bem como advertiu contra os riscos da incorporação dos poderes de legislar pelo Executivo. Opõe-se inequivocamente à monarquia absoluta e aderiu às virtudes que descobriu no poder moderado.<sup>33</sup> Para ele, o próprio da Constituição é estabelecer a relação adequada entre Legislativo e Executivo, prevenindo a formação de um poder absoluto, que exporia a risco os direitos dos indivíduos.

Vale, de toda sorte, para que não se confunda a motivação liberal com a democrática em Locke, o reparo de Fioravanti, quando acentua que “muito dificilmente se pode deduzir de tudo isso a existência de uma opinião de Locke a favor da soberania do povo”.<sup>34</sup>

Com efeito, para Locke, cabe ao povo “o poder supremo para afastar ou modificar o Legislativo, se apurar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram. (...) Podemos, pois, afirmar que a comunidade, nesse aspecto, é ela mesma o poder supremo, mas não considerada sob qualquer forma de governo, uma vez que este poder do povo só se manifesta quando se dissolve o governo”.<sup>35</sup>

Na era moderna, deriva de Locke a concepção da fórmula de divisão dos poderes como meio de proteção dos valores que a sociedade política deve buscar.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> “A verdadeira relevância de Locke – sustenta Maurizio Fioravanti – está em ter sido ele o pioneiro em formular, de modo claro e firme, no âmbito da constituição dos modernos, a fundamental distinção entre poder absoluto e poder moderado. O primeiro é aquele em que um único sujeito, seja o rei, seja a assembléia, tem os poderes legislativo e executivo; já no segundo, os dois poderes são distintos e pertencem a dois sujeitos distintos”. Fioravanti, Constitucion..., ob. cit., p. 93.

<sup>34</sup> Fioravanti, Constitucion..., ob. cit., p. 94.

<sup>35</sup> Locke, Segundo Tratado..., ob. cit., p. 109 (capítulo XIII, item 149).

<sup>36</sup> Locke não fala de um Poder Judiciário, mas do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Federativo. Ao Executivo, caberia “a execução das leis da sociedade dentro dos seus

A separação funcional ocorre no plano da titularidade do exercício do Poder Legislativo e do Executivo, uma vez que “poderia ser tentação excessiva para a fraqueza humana a possibilidade de tomar conta do poder, de modo que os mesmos que têm a missão de elaborar as leis também tenham nas mãos o poder de executá-las, isentando-se de obediência às normas que editam, e com a possibilidade de moldá-las não só na sua elaboração como na sua execução, em favor de si mesmos”.<sup>37</sup>

Apesar da distinção que aconselha, a teoria de Locke não preconiza uma igualdade hierárquica entre os poderes. Embora conceda que a supremacia última pertence ao povo, argúi que, quando este se reúne sob um governo, é ao Legislativo que cabe o poder máximo, porque “o que deve fazer leis para os demais, deve necessariamente ser-lhe superior”.<sup>38</sup>

Durante o século XVIII, afinal, difundiu-se a idéia de que a constituição inglesa representa o ideal da boa configuração política da sociedade, com o seu sistema de convivência entre os poderes Legislativo e Executivo, característico da fórmula do *king in Parliament*. O parlamento legisla, mas tem presente a possibilidade de o rei vetar o diploma. Por outro lado, o rei atua, executa, sabendo, todavia, que pouco pode sem a prévia autorização de gastos, dada pelo Legislativo.

Essa arquitetura ganhou divulgação e se refinou com O Espírito das Leis de Montesquieu (1689-1755). O regime político moderado viu-se definido como aquele cuja constituição é capaz de manter poderes diferenciados e, ao mesmo tempo,

---

limites com relação a todos que a ela pertencem” e ao federativo, “a gestão da segurança e do interesse da comunidade fora dela”, no plano do concerto das nações. Locke não vê empecilho em reunir em mesmas mãos estes dois poderes (Locke. Segundo Tratado..., ob. cit., p. 107 - capítulo XII). Como se vê, o Executivo, aqui, engloba também o poder de julgar.

<sup>37</sup> Locke. ob. cit., p. 106 (capítulo XII).

<sup>38</sup> Locke, ob. cit., p. 110 (capítulo XIII, n. 150).

equilibrados. Somente sob um tal regime haveria a liberdade política.<sup>39</sup>

Essa liberdade necessita ser assegurada por uma Constituição acauteladora contra o abuso do poder, já que “todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites.”<sup>40</sup> O meio apto para se precaver contra o desmandado seria, para Montesquieu, a correta “disposição das coisas”, propícia a que “o poder freie o poder”.<sup>41</sup> Daí a separação entre os poderes, para que um restrinja o outro. Esses poderes são identificados como Legislativo, Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Executivo das que dependem do direito civil.<sup>42</sup> A separação dos poderes tem por objetivo político reparti-los entre pessoas distintas, com o fito de, por esse meio, impedir a concentração, assegurando-se a liberdade política, finalidade derradeira de toda essa arquitetura organizacional.<sup>43</sup>

O constitucionalismo de Locke e de Montesquieu constringe os poderes públicos, filiando-se a uma matriz político-liberal, marcada pela preocupação de preservar as liberdades individuais. As duas medidas empregadas para conter o arbítrio e impor a moderação ao governante são a separação dos poderes e a proclamação de direitos fundamentais.

Essas propostas não devem ser confundidas com postulações de democracia,

---

<sup>39</sup> Montesquieu. O Espírito das Leis. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 186 (Livro XI, cap. 4). Montesquieu apura o conceito de liberdade política, estremando-o da acepção de mera faculdade de se fazer o que se quer. Montesquieu define a liberdade como o poder de fazer tudo o que se deve querer, tudo o que as leis permitem, e em não ser constringido a fazer o que não se deve desejar fazer. (cf. O Espírito das Leis, ob. cit., p. 186 - Livro XI, cap. 3).

<sup>40</sup> Montesquieu. O Espírito das Leis, ob. cit., XI, cap. 4.

<sup>41</sup> id., ibidem.

<sup>42</sup> Montesquieu diz: “chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado” (O Espírito das Leis, XI, cap. VI).

<sup>43</sup> Nesse sentido, Karl Loewenstein. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1979, p. 55. Na mesma página o autor resume a idéia na frase: “a liberdade é o desígnio ideológico da teoria da separação dos poderes”.

consistem “somente numa série de limites e controles do Estado, um sistema de garantias da liberdade burguesa e da relativização do poder do Estado”<sup>44</sup>; por isso, “a Constituição do moderno Estado de Direito pode aparecer tanto nas formas da monarquia como nas da democracia”.<sup>45</sup> O liberalismo convive tanto com a prática da soberania encarnada pelo monarca, como com a visão de que o poder político legítimo é aquele que tem no povo o seu protagonista.

A idéia de que a legitimidade do poder se afere pelo vínculo do poder político com a vontade popular firmou-se em momento subsequente, nos quadros da Revolução Francesa de 1789 e com a pregação política de Rousseau.

Rousseau (1712-1778) também se classifica sob a linha contratualista, entendendo que a soberania é resultado da decisão dos indivíduos – mas daí o genebrino extrai desdobramentos revolucionários. No Contrato Social, sustentou que o poder soberano pertence diretamente ao povo. Pelo pacto social, os indivíduos se transformariam em corpo político; renunciariam à liberdade natural, mas forjariam a liberdade civil. Esta consistiria “na garantia de [os indivíduos] estarem governados por uma lei genérica, fruto da totalidade do corpo soberano”.<sup>46</sup>

Rousseau desconfia dos governos e propõe que sejam limitados, para prevenir que se desvirtuem pela busca de fins particulares, apartando-se dos objetivos gerais que lhes seriam típicos. Propugnou por que o povo mantivesse sempre a possibilidade de retomar o que havia delegado aos governantes. Para Rousseau, “não existe nem pode existir nenhum tipo de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem

---

<sup>44</sup> Carl Schmitt. Teoría de la Constitución. Madri: Alianza Editorial, 2001, p. 201.

<sup>45</sup> Schmitt, Teoría..., ob. cit., p. 203.

<sup>46</sup> Fioravanti, Constitucion..., ob. cit., p. 83.

sequer o contrato social”.<sup>47</sup> A Constituição apenas cuidaria dos poderes instituídos, não podendo restringir a expressão da vontade do povo soberano.

Opôs, desse modo, à linha constitucionalista liberal uma visão drástica da soberania popular.

Além disso, enquanto, para Locke, o processo democrático se conduz com vistas a que prevaleça o interesse que obtiver maior número de votos, em Rousseau, a idéia de bem comum não está associada a uma aritmética de interesses confrontantes, mas ao propósito de encontrar soluções que contemplem o que for do legítimo interesse de todos.<sup>48</sup> Habermas expõe o pensamento de Rousseau, neste particular, apontando que o genebrês “descreveu a constituição da soberania do povo, que se dá através de um contrato da sociedade, como um ato existencial da socialização, por meio do qual os indivíduos singulares, voltados ao sucesso, se transformam nos

---

<sup>47</sup> Contrato Social, I, cap. 7,

<sup>48</sup> Para que isso seja melhor compreendido, observe-se a ênfase na decisão por maioria que Locke preconiza em trechos como este: “o indivíduo, concordando com outros em formar um corpo político sob um governo, assume a obrigação para com os demais membros dessa sociedade de submeter-se à resolução que a maioria decidir” (Locke. Segundo Tratado..., ob. cit., p. 77 (cap. VIII, § 97). A decisão é tomada por maioria, somente tendo que respeitar os direitos não transferidos para a sociedade política. Rousseau, de seu turno, acentua a importância da vontade geral, que não se confunde com a prevalência do interesse predominante, tanto assim que recomenda que, para formá-la, o indivíduo abra mão da busca dos seus propósitos individuais. Reconhece que “cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade particular contrária ou dessemelhante à vontade geral que tem na qualidade de cidadão” (Do Contrato... ob. cit., p. 24 (Livro I, cap. 7), mas alerta que ocorreria uma intolerável injustiça se insistisse nesses interesses contra aqueles da cidadania. Essa distinção também é sentida nesta outra passagem: “Existe muitas vezes grande diferença entre a vontade de todos e a vontade geral: esta olha só o interesse comum, a outra o interesse privado, é apenas a soma de vontades particulares” (id, pp. 34-35 – Livro II, cpa. 3). À luz dessa diferença entre interesse geral e mera soma de vontades particulares, deve ser entendida essa lição: “Numa legislação considerada perfeita, a vontade particular ou individual deve ser nula (...) e, por conseguinte, a vontade geral ou soberana sempre dominante é a regra única de todas as outras” (Do contrato..., p. 70 – Livro III, cap. 2).

cidadãos de uma comunidade ética, orientada ao bem comum”.<sup>49</sup>

Rousseau acreditava que o que viesse do parlamento, por meio de leis gerais, refletiria necessariamente o bem comum e, por isso, nenhuma pessoa racional poderia deixar de aderir ao comando. Coagi-los a tanto significa respeitar a sua liberdade positiva.<sup>50</sup>

Essas duas vertentes do contratualismo, a representada por Locke e Montesquieu e a teoria da soberania popular de Rousseau, terão efeitos duradouros. Esses dois modos de encarar o fenômeno do poder serão também conhecidos pelos protagonistas da Revolução Francesa e da Independência Americana.

A Revolução Francesa achou a moldura teórica, traçada por Locke, Montesquieu e Rousseau, para a tarefa que havia assumido de superar todo o regime político e social do Antigo Regime. O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha que ser o soberano, sem se deixar travar nem mesmo pela Constituição. O momento histórico comunicou vigor ímpar à visão radical da soberania popular.<sup>51</sup>

De toda forma, restava por resolver o problema de como o povo se faria ouvir, carecia de resposta a questão de como a existência política do povo se expressaria na sociedade.

O exercício da força soberana do povo foi, então, reconhecido aos seus

---

<sup>49</sup> Jürgen Habermas. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. (tradução Flávio Beno Siebeneichler) Rio: Tempo Brasileiro, 1997, vol. I, p. 136.

<sup>50</sup> cf. Luc Tremblay. “Deliberative Democracy and liberal rights”. Ratio Juris, dez 2001, vol. 14, n. 4, p. 436.

<sup>51</sup> Esse vigor se mostra também longo. Hoje, Martin Kriele ecoa a mesma idéia, quando sustenta que no Estado de Direito nem a Constituição é soberana (Martin Kriele. Introducción a la Teoría del Estado. Buenos Aires: Depalma, 1980, pp. 150-151).

representantes no Legislativo. Sendo a expressão do povo soberano, o parlamento não poderia ser limitado por nenhuma regra, nem mesmo pela Constituição.

O parlamento passou a ser a sede da defesa dos interesses do povo e esses interesses tinham por vértice os valores da liberdade individual e da propriedade.

Proclamava-se – é certo – que os valores da liberdade somente seriam eficazmente garantidos num sistema político que declarasse adesão ao princípio da separação de poderes, visto como método garantido para obviar a cumulação de poderes de editar normas e de implementá-las, na qual os pensadores políticos diagnosticavam os maiores danos para as liberdades.

A Constituição francesa de 1791, contudo, embora abrigasse norma decretando que não havia Constituição sem separação de poderes, construiu um sistema fundado na supremacia do Legislativo. O rei ainda dispunha do poder de veto, que era, entretanto, apenas suspensivo e aposto na qualidade, não de representante do povo, mas de representante da unidade nacional.<sup>52</sup> O governo era desempenhado pelo Legislativo, restando ao Executivo a função de dispor dos meios aptos para dar aplicação à lei.<sup>53</sup> A primazia do Legislativo é também a nota da Constituição de 1795.

Não deve causar espanto que fosse assim. A Revolução Francesa não vinha apenas restringir excessos de um regime anterior; propunha-se a suplantá-lo, defrontando-se, porém, com resistência pertinaz. Depois da Revolução Francesa, as monarquias absolutas, forçadas, transformaram-se em monarquias constitucionais e o monarca passou a compartilhar o poder com as novas forças sociais. As desconfianças

---

<sup>52</sup> Fioravanti, Constitucion ..., ob. cit., p. 115.

destas se dirigiam, sobretudo, ao rei. O monarca era visto como o perigo mais próximo à nova ordem.

Os revolucionários, afirmando-se representantes do povo, instalaram-se no parlamento e sabiam que essa Casa deveria ser fortalecida em face do rei. A vontade do legislador tinha que prevalecer e ser preservada. Daí o enorme prestígio do parlamento, com a efetiva supremacia do Legislativo sobre os demais poderes.

O prestígio do parlamento explica as características quase místicas reconhecidas à expressão da sua vontade – a lei.

Fixou-se a fórmula revolucionária de que a voz do Legislativo é a expressão da vontade geral, na linha da doutrina de Rousseau, que punha em par a lei e a própria liberdade.

O direito público passou a se escorar numa noção que vinha bem ao feitio da necessidade de se valorizar o parlamento. Em harmonia com a idéia da lei como expressão da vontade geral, vingou a compreensão de que a vontade geral se expressa por meio do corpo legislativo do Estado, lugar de representação da totalidade da cidadania.<sup>54</sup>

A lei, assim, definia-se e hauria força, tendo em vista a sua proveniência orgânica, mais do que por seu conteúdo.

A lei obrigava, porque fora adotada, de acordo com o procedimento próprio, pelo órgão constitucionalmente competente para representar a vontade dos cidadãos.

Carré de Malberg assinala a apropriação de parte das idéias de Rousseau,

---

<sup>53</sup> id., *ibidem*.

<sup>54</sup> Roberto Blanco Valdés, El Valor de la Constitución. Madri, 1998, p. 252,

quando se entronizou o conceito de que “a lei é soberana, em razão de sua origem popular”<sup>55</sup>. Daí, o célebre art. VI da Declaração de 1789, repetido em documentos constitucionais posteriores, anunciar que “a lei é a expressão da vontade geral”<sup>56</sup>. A prática política, no entanto, não se apoiou mais em Rousseau, quando ao mesmo dispositivo agregou a cláusula “por seus representantes”, “dispositivo – comenta Carré de Malberg – que consiste em admitir que, na assembléia que legisla, os cidadãos, eles próprios, todos os cidadãos, estão presentes, uma vez que eles se acham representados por seus eleitos”.<sup>57</sup>

Não surpreendem as conseqüências daí advindas. O princípio da soberania da nação acaba por se confundir com o princípio da soberania do parlamento.

Observou-se<sup>58</sup> que o parlamento passara a ser o verdadeiro soberano e sob duas medidas. Era soberano perante todas as autoridades do Estado, porque era a representação do povo e se tornava também soberano perante o próprio corpo de cidadãos, uma vez que este somente podia expressar a sua vontade por meio da assembléia dos seus deputados.<sup>59</sup>

Anotando, ainda, que o voto era censitário, Prieto Sanchís, conclui:

---

<sup>55</sup> Raymond Carré de Malberg. La Lois, expression de la volonté générale. Paris: Economica, 1984, p. 5.

<sup>56</sup> No conhecido original: “La lois est l’expression de la volonté générale”.

<sup>57</sup> Carré de Malberg, La Lois..., ob. cit., p. 17. O comentador francês assevera que a política real, aqui, se arreda de Rousseau em ponto crucial, já que o pensador de Genebra é enfático em sustentar que “o povo não é suscetível de ser substituído, nem representado, para o exercício da sua soberania” (ob. cit., p. 18), conseqüência justamente a que conduz a cláusula final do mencionado art. 6º da Declaração francesa.

<sup>58</sup> Valdés, El Valor, ob. cit., p. 257.

<sup>59</sup> Nesse sentido, Carré de Malberg argúi que, “o parlamento, concebido como representante da nação, torna-se, efetivamente, o soberano (...) é o soberano real (...). É duas vezes soberano: é soberano com relação a todas as autoridades, porque figura, perante elas, o povo, com o seu poder de vontade geral; é soberano também quando considerado em face do corpo dos próprios cidadãos, porque, como havia dito Sieyès, o povo não pode exprimir a sua

“Assim, pois, a vontade geral havia cedido seu posto à democracia representativa, o sufrágio universal ao censitário e a imparcialidade da norma abstrata e geral ao voluntarismo da decisão formal do Parlamento. E, apesar disso tudo, ao longo do século XIX, a lei seguirá gozando da máxima legitimidade como expressão de uma soberania, que, da mesma forma que em Bodin, se apresenta como um poder absoluto e perpétuo”<sup>60</sup>.

## Supremacia do parlamento e Constituição

A supremacia do parlamento não se concilia com a idéia de supremacia da Constituição, o que decerto concorre para explicar o desinteresse dos revolucionários europeus por instrumentos destinados a resguardar a incolumidade da ordem constitucional.

Não havia meio institucional de defesa da Constituição apto para controlar o respeito efetivo dos princípios dispostos na carta. A defesa da Constituição terminava por ser entregue, com algumas palavras de grandiloquência retórica e sem a previsão de mecanismo técnico eficiente, ao próprio povo.<sup>61</sup>

A sobrevalorização da supremacia da lei e do parlamento produzia inevitável debilidade do valor jurídico da Constituição. A Constituição, neste contexto, não se

---

vontade geral senão por meio da assembléia dos seus representantes”( *La Loi...*, ob. cit., pp. 20, 21 e 22).

<sup>60</sup> Luis Prieto Sanchís. *Justicia Constitucional...*, ob. cit., p. 77.

<sup>61</sup> A propósito, Valdés, ob. cit., p. 261. Veja-se o que dispunha a Constituição francesa de 1791, no seu Título VII, art. 8º, § 4º: “A Assembléia Nacional constituinte confia o depósito [da Constituição] à fidelidade do Corpo legislativo, do Rei e dos juizes, à vigilância dos pais de família, às esposas e às mães, ao apreço dos jovens cidadãos, à coragem de todos os franceses”.

encontrava protegida contra o Legislativo.<sup>62</sup>

A supremacia do parlamento tornava impensável um controle judiciário das leis, somando-se à indisfarçada desconfiança que os revolucionários franceses dedicavam aos juízes, vistos como adversários potenciais da Revolução.<sup>63</sup>

O Judiciário era tido como órgão destinado a realizar a aplicação mecânica da lei, por meio de um silogismo, no qual a premissa maior era a lei, a menor, os fatos, daí redundando uma conclusão única e inexorável – a decisão judicial. A prática revolucionária concordava com Montesquieu, que reduzia o poder de julgar à condição de “instrumento que pronuncia as palavras da lei”<sup>64</sup>. Dominava a concepção de que “nenhum juiz tem o direito de interpretar a lei segundo a sua própria vontade”.<sup>65</sup>

O princípio da separação dos poderes atuava para constranger o poder de julgar a uma posição de menor tomo. Era impensável que se postulasse perante uma

---

<sup>62</sup> Veja-se, a propósito, Valdés, El Valor, ob. cit., p. 262.

<sup>63</sup> Alec Stone Sweet assinala que, à época da Revolução Francesa, e mesmo mais adiante, predominava a impressão de que o Judiciário era “corrupto e inimigo reacionário das reformas sociais”. Alec Stone Sweet. “Why Europe Rejected American Judicial Review” Michigan Law Review, n. 101 (2002-2003), p. 2746. Da mesma forma, Mauro Cappelletti (O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado, Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, pp. 96-100) liga o mal-estar com relação aos juízes, a fatores históricos, dizendo que “basta recordar que o ofício judiciário fora considerado pelos juízes franceses do *ancien régime* e, em particular, pelos *Parlementaires*, ou seja, pelos juízes daquelas Cortes Superiores que eram os *Parlements*, como *un droit de propriété, un droit patrimonial*, possuído por eles *au même titre que leurs maisons et leurs terres*: pelo que, como para os bens patrimoniais privados, *ils les achetaient, les vendaient, les transmettaient par héritage, les louaient quand ils voulaient les conserver à des mineurs*, desfrutavam dele, sobretudo, o mais possível, à custa, bem se entende, das partes litigantes – do mesmo modo que um proprietário que sabe desfrutar de seu próprio poder. Não foi à toa que aqueles juízes estiveram, quase sempre, entre os adversários mais implacáveis de qualquer, mesmo que mínima, reforma em sentido liberal, e, então, implacabilíssimos adversários da Revolução que, nas terras das guilhotinas, fez, afinal, larga messe de suas veneráveis cabeças” (pp. 96-97).

<sup>64</sup> O Espírito das Leis. Livro XI, cap. VI.

<sup>65</sup> Cf. Valdés, citando deputado da época, El Valor, ob. cit., p. 266.

corde de justiça a efetividade de um cânone constitucional; ao juiz não cabia censurar um ato do parlamento.

A subordinação do Judiciário ao Parlamento, do ponto de vista funcional, era invencível. Uma manifestação fundamental disso foi a criação, na França, do instrumento do *référé législatif*, por uma lei de 1790 somente revogada em 1837.<sup>66</sup>

Por meio do *référé législatif*, remetia-se ao Legislativo a interpretação de um texto obscuro de alguma lei. A Constituição de 1791, acolhendo o instituto, dispunha que, se uma interpretação da lei fosse atacada por três vezes num tribunal de cassação, este deveria submetê-la ao corpo legislativo, que emitiria um decreto declaratório da lei, vinculante para o tribunal de cassação. Havia, portanto, uma interferência direta do parlamento até no mais alto tribunal, sob o pretexto de preservar a vontade do povo, como expressa por seus legítimos representantes, os seus deputados. O próprio tribunal de cassação foi estabelecido em 1795 para “proteger os legisladores da usurpação de poder pelo Judiciário, recebendo atribuição para anular julgamentos ‘que contenham qualquer manifesta contradição com os estatutos’”.<sup>67</sup>

A função de interpretação da lei é, assim, vista como consubstancial à função legislativa.

O controle judicial de constitucionalidade das leis seria, nessa conjuntura, tão teratológico que nem sequer se estimou necessária a sua proibição específica, bastando a vedação genérica, em outros preceitos normativos da época, a que o juiz

---

<sup>66</sup> A propósito, Valdés, *El Valor*, ob. cit., pp. 262 e ss.

<sup>67</sup> Alec Stone Sweet, “Why Europe...”, ob. cit., p. 2747.

deixasse, por qualquer motivo, de conferir aplicação às leis.<sup>68</sup>

A supremacia do parlamento não era, portanto, passível de contraste. O que o Legislativo decidia externava a vontade do povo e não tinha como ser censurado.<sup>69</sup>

Supremacia do parlamento e supremacia da lei eram aspectos de um mesmo fenômeno, hostil, por si mesmo, à idéia de um instrumento normativo superior ao parlamento e à lei. Inviabilizava-se, desse modo, a noção de Constituição dotada de valor normativo efetivo, capaz de estabelecer parâmetros para a aferição da validade jurídica dos atos dos poderes públicos. Tudo isso conduzia, também, a que tampouco se emprestasse maior relevância ao problema da modificação da Constituição por via

---

<sup>68</sup> Assim, uma lei de 16-24 de agosto de 1790 dispunha que “*os tribunais não poderão tomar direta ou indiretamente parte alguma no exercício do poder legislativo, nem impedir ou suspender a execução dos decretos do corpo legislativo, sancionados pelo Rei, sob pena de prevaricação*”. Cf Valdés, ob. cit., p. 276. Alec Sweet dá também notícia de dispositivo de ordem penal, da era napoleônica, nunca revogado explicitamente, punindo o juiz com a perda dos direitos civis, por interferir sobre o Legislativo, “suspendendo a aplicação de uma ou de várias leis, ou deliberando sobre se uma lei deve ou não ser publicada ou aplicada” (Alec Stone Sweet, “Why Europe...”, ob. cit., p. 2746). Em outra passagem, Sweet reproduz discurso de um parlamentar de 1799, arrogando para o parlamento a competência exclusiva para interpretar as leis, nestes termos:

“Somente o Legislativo tem autoridade para interpretar a lei (...) Sem esse princípio, os juízes embarcariam numa vasta e desembaraçada via de interpretar as leis de acordo com a sua imaginação (...) e até com a sua paixão. As instituições ficariam inteiramente deformadas. Os juízes se tornariam capazes de substituir a vontade da lei por sua própria vontade (...) e se afirmariam como legisladores” (Sweet. “Why Europe...”, ob. cit., p. 2747).

<sup>69</sup> Fora do âmbito do Judiciário, mecanismos de controle de constitucionalidade foram diversas vezes propostos, desde que, em 1793, o abade Sieyès tentou, sem êxito, junto à Câmara dos Deputados, criar um *Grande Juri*, “para proteger o cidadão contra a opressão do corpo legislativo e do Executivo”. A proposta foi rejeitada, de acordo com a moção que a repudiou, em termos que ressoam ainda hoje em parcela da doutrina que se detém sobre a mesma polêmica. Considerou-se que “uma corte desse tipo já existe – é chamada de opinião pública (...), considerando-se que o povo está sempre [no corpo legislativo]” (Sweet. “Why...”, ob. cit., p. 2747). Esse mesmo poder veio a ser entregue ao Senado do Primeiro Império de Napoleão, nunca tendo anulado ato algum do Executivo ou do Legislativo, mas havendo revertido decisões judiciais não apreciadas. Esse Senado foi disperso em 1815, veio a ser revigorado por Napoleão III, mas sem desempenhar nenhuma atividade digna de nota. Inspirou o Comitê Constitucional da 4ª República francesa (1946-1958), novamente sem nunca haver examinado nenhum ato legislativo. Modelou, afinal, o Conselho Constitucional, da 5ª República. É interessante notar que sempre o controle imaginado era de cunho abstrato e preventivo (cf. Sweet. “Why Europe...”, ob. cit., p. 2748).

institucional.

A idéia de uma Constituição sem proteção efetiva, e, portanto, de desdenhável valor jurídico, perdurou por bom tempo na Europa continental. Ali, o problema da proteção da Constituição, i.é, do seu valor jurídico, ficou em estado de latência até as crises do Estado liberal do final do século XIX e do primeiro quartel do século XX.<sup>70</sup>

A queda, em sucessão, dos regimes monárquicos na Europa, coincidindo com a progressiva adoção do parlamentarismo – em que é inerente a proximidade do Executivo ao Legislativo –, demonstrou, de novo, que a separação dos poderes, confinada ao plano da retórica, não bastava para a defesa das liberdades. Era necessária uma nova fórmula de proteção dos indivíduos e de contenção dos poderes do Estado.

Instaurou-se na Alemanha, a propósito, no período de entre-guerras, rico debate em torno dos instrumentos de proteção da Constituição, gerando uma doutrina requintada sobre as condições de um governo constitucional. Os debates de Weimar, lembram Jacobson e Schlink, “desempenham papel reminescente daquele do *Federalista* nos Estados Unidos: eles são fontes essenciais para se contemplar a fundação do Estado democrático alemão e, como o *Federalista*, têm um significado universal”.<sup>71</sup>

A doutrina crítica que se desenvolveu em Weimar assumiu uma nota diferente do liberalismo que animava o positivismo do Império. Percebeu que a liberdade com

---

<sup>70</sup> cf. Valdés, *El Valor*, ob. cit., p. 356.

<sup>71</sup> Jacobson e Schlink in Jacobson e Schlink (ed.). “Introduction”, *Weimar – A jurisprudence of Crisis*. Berkeley: University of California Press, 2000, p. 3. Também Pablo Lucas Verdu chama a atenção para o que aconteceu em Weimar, convicto de que a República de Weimar “foi o microcosmo da cultura política continental européia” ( “¿Una polémica obsoleta o una

que a burguesia se contentara durante o período anterior, gerara uma “liberdade apolítica, não uma liberdade **no** Estado, mas uma liberdade **em face do** Estado”.<sup>72</sup> Deu conta de que tal individualismo era impotente para enfrentar as crises sociais e econômicas, as conseqüências da guerra mundial e a ameaça de guerra civil que se avizinhava, atemorizante.<sup>73</sup>

A esse quadro se somava, como novidade com relação ao período imperial, uma Constituição que proclamava direitos básicos e instituía uma Suprema Corte competente para julgar disputas de direito público, num ensaio de jurisdição constitucional.<sup>74</sup>

O sistema de governo era parlamentarista, mas o Executivo dispunha de poderes relevantes. O Executivo era gerido pelo chanceler, dependente da confiança do parlamento (*Reichtag*) e escolhido pelo Presidente, por este também livremente demissível. O Presidente, de seu lado, era eleito diretamente pelo povo, para mandato

questión recurrente?: Derecho constitucional vesus derecho político”. Teoría y Realidad Constitucional. México: UNED, n. 3, 1º sem 1999, p. 56.

<sup>72</sup> Jacobson e Schlink, “Introduction...” in Weimar..., ob. cit., p. 7, grifos no original.

<sup>73</sup> Jacobson e Schlink citam, aqui, analista que, em 1931, advertia que o ideário absenteísta liberal seria “arma nas mãos do proletariado, que poderia proteger-se a si mesmo contra o abuso do poder com o socorro das precauções liberais e conseguir participar do governo do país com a ajuda do sistema parlamentar” (“Introduction...” in Weimar..., ob. cit., p. 7).

<sup>74</sup> O Tribunal do Reich, que exercia a jurisdição suprema dos tribunais ordinários, chegou a reivindicar para si o poder de recusar aplicação de lei inconstitucional, em julgamento de 1925, em que assentou: “A submissão do juiz à lei não exclui que o juiz recuse a validade a uma lei do Reich na medida em que ela se ache em oposição a outras disposições que são preeminentes e que devem ser observadas pelos juízes. É o que ocorre quando uma lei está em oposição a um princípio jurídico formulado na constituição do Reich e que tenha sido adotada sem que se hajam reunidas as condições para a edição de uma lei de nível constitucional”. O tribunal concluiu pela constitucionalidade da lei apreciada, mas deixou assinalado ser “direito e dever do juiz examinar a constitucionalidade das leis”. Citações em Charles Béguin, Le Contrôle de la Constitutionnalité des Lois en République Fédérale d’Allemagne. Paris: Economica, 1982, p. 15. Béguin, no entanto, argúi que a reivindicação pelos juízes do poder de realizar o controle de constitucionalidade não tinha como pano de fundo a preocupação com a defesa dos direitos fundamentais, mas deveria ser compreendida no contexto histórico da época, sendo, antes, “a expressão de uma corrente anti-parlamentar”, reação, diz ele,

de 7 anos, assumindo o papel de contrapeso para o parlamento. Incumbia-lhe representar função de unidade e continuidade política mesmo ante as mudanças das maiorias parlamentares. Era o chefe supremo militar e dispunha dos poderes de emergência do art. 48 (2) da Constituição de Weimar. Essa norma previa que, em havendo situação de importante perturbação da segurança pública e da ordem, o Presidente poderia lançar mão da força armada e da suspensão dos direitos fundamentais. Em anos de constantes crises de instabilidade parlamentar, o protagonismo político do Presidente assumiu contornos inesperados para os redatores da Constituição, que imaginaram com um quadro de equilíbrio no jogo do poder.<sup>75</sup>

Nesse contexto, foi posta a discussão sobre como assegurar a eficácia jurídica da Constituição, agora “materializada”. A discussão travada entre Kelsen e Schmitt surpreende o tema do paradoxo da democracia<sup>76</sup> e atine ao papel do Judiciário.

Para Schmitt, o protetor da Constituição há de ser o Presidente do Reich. Para ele, a Constituição é a vontade original e unificada do povo.<sup>77</sup> Daí, explica Peter Caldwell, que “o maior perigo para o Estado seja, na assertiva de Schmitt, o *pluralismo*”.<sup>78</sup> Mais ainda, Schmitt sustentava que a vontade unificada da nação é

---

apoiando-se em Forsthoff, de “desconfiança da burocracia judiciária diante de um Legislativo controlado por uma coalisão de partidos” (Béguin, *Le Contrôle...*, ob. cit., p. 18).

<sup>75</sup> cf. Jacobson e Schlink, “Introduction...”, ob. cit., pp. 10-13.

<sup>76</sup> Esse paradoxo é expresso pelo caráter contramajoritário das postulações básicas do constitucionalismo, em especial no que tange à imposição dos direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade dos atos dos representantes do povo por um órgão estatal não eletivo e independente politicamente.

<sup>77</sup> A propósito, vale conferir Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Madri: Alianza Editorial, 2001, p. 48. Para o autor, as constituições “são decisões políticas concretas que revelam a forma política de ser do povo e formam o pressuposto básico para todas as ulteriores normações”. Veja-se, ainda, esta outra passagem, na mesma obra, na p. 52: “a Constituição de Weimar é uma Constituição porque contém as decisões políticas fundamentais sobre a forma de existência política concreta do povo alemão”.

<sup>78</sup> Peter C. Caldwell. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*. Durham: Duke University Press, 1997, p. 112. O autor completa na página seguinte: “Como

*representada* pelo Chefe de Estado. O poder que este recolhe do art. 48, § 2º, da Constituição de Weimar, tornando o Executivo desembaraçado, seria a resposta da vontade unificada do povo às “perniciosas influências de grupos de interesse no *Reichtag* [parlamento]”.<sup>79</sup> O Presidente seria, pois, o guardião da Constituição.

Schmitt recusava que o Judiciário pudesse ser o protetor do Estatuto Político, negando que uma lei possa ser objeto de crítica judiciária autônoma, apoiado no postulado da separação dos poderes. Os seus argumentos, neste particular, ressoam ainda hoje.

Schmitt partia do pressuposto de que “o Estado cívico de Direito descansa sobre a distinção real de diversos poderes.”<sup>80</sup> Para ele, a tarefa entregue ao juiz consiste em realizar a subsunção de um conjunto de fatos a uma lei,<sup>81</sup> exercício estranho à sindicância da contrariedade da lei à Constituição, que, por isso, não configuraria atividade jurisdicional. A descoberta do sentido da norma da Constituição e do significado que deve ter uma norma legal por derivação daquela seria, na realidade, próprio da atividade de legislar. Argumentou:

“A aplicação de uma norma a outra norma é algo qualitativamente distinto da aplicação de uma norma a uma situação real e a subsunção de uma lei a outra lei (se isso for imaginável) é algo distinto da subsunção do caso concreto regulado à sua regra. Se se comprova a existência de uma contradição entre a lei simples e a norma contida na Constituição e se declara inválida a primeira, não se pode dizer que se aplicou a norma formulada na Constituição à lei

---

Schmitt concebia a Constituição como vontade originária e unificada, via o pluralismo como inconstitucional”.

<sup>79</sup> Peter Caldwell, *Popular Sovereignty...*, p. 115.

<sup>80</sup> Carl Schmitt. *La Defensa de la Constitución*. Madri: Tecnos, 1983, p. 77.

<sup>81</sup> Schmitt. *La Defensa...*, ob. cit., p. 88.

– não no sentido a que nos referimos quando dizemos que se aplica judicialmente a lei a um caso concreto.

(...)

Comparam-se entre si as regras gerais, mas não se subsume e nem se aplica uma à outra. (...) Quando uma lei ordena o contrário de outra e a colisão entre ambas se decide pela afirmação da validade de uma das duas, nem por isso se subsume a lei não válida à válida, nem vice-versa.

(...)

[A comparação da lei com a Constituição] não é uma subsunção parecida com as que têm natureza judicial. (...) Esta subsunção não é específica da Justiça, mas de todas as formas do raciocínio e do pensamento humano. (...) Equivale, em concreto, à supressão de todas as impressões referentes ao conteúdo da lei formulada na Constituição e, como consequência, significa uma determinação do conteúdo legal: quer dizer, legislação e até legislação constitucional, mas não Justiça”.<sup>82</sup>

A resposta de Kelsen aos argumentos de Schmitt veio em artigo publicado em 1930, com o provocativo título “Quem deve ser o guardião da Constituição?” Kelsen atribuiu a um anacronismo ideológico a idéia de Schmitt de ver no Presidente o poder moderador, que exprime a vontade do povo. A seu ver, Schmitt procedera a um retorno acríptico ao tempo em que o princípio monárquico reclamava para o rei o papel natural de guardião da Constituição, “uma ficção de notável audácia”<sup>83</sup> – máxime quando a realidade política passara a se assentar num modelo republicano de Estado.

---

<sup>82</sup> Schmitt La Defensa..., ob. cit., p. 87, 88 e 89.

<sup>83</sup> Hans Kelsen. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 241. A propósito, Kelsen se indaga: “como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade?” (Kelsen, Jurisdição..., ob. cit., p. 242).

Kelsen reparou que a ampliação dos poderes do Presidente, a partir da interpretação do art. 48 da Constituição preconizada por Schmitt, torna-lo-ia o “senhor soberano do Estado”, posição que “não é compatível com a função de um garante da Constituição”.<sup>84</sup> Mais ainda, a idéia de um chefe de Estado neutro seria despropositada, até porque ele é eleito, “sob a alta pressão de ações político-partidárias, o que não lhe garante particularmente a independência”<sup>85</sup>. Kelsen prosseguiu, argumentando que, “se o Presidente do Reich é concebido pela Constituição como ‘contrapeso ao parlamento’, não se pode qualificar essa função como de ‘guardião da Constituição’”<sup>86</sup>. Insistiu em que a função de proteger a Constituição se distribui por entre todos os poderes constituídos, não podendo ser recusada à jurisdição.

Kelsen advogou, então, os méritos da jurisdição constitucional, de que ele foi o inspirador, havendo protagonizado, na Áustria, por curtos anos antes da 2ª Guerra Mundial, a primeira experiência prática desse modo de controle.<sup>87</sup> Acentuou que “um tribunal, quando rejeita a aplicação de uma lei inconstitucional, suprimindo assim sua validade para o caso concreto, funciona, na prática, como garante da Constituição, mesmo que não se lhe conceda o altissonante título de ‘guardião da Constituição’”<sup>88</sup>. Reafirmou a sua convicção de que o exercício da política, como tomada de decisão com razoável margem de liberdade (“exercício do poder em contraposição a um

---

<sup>84</sup> Kelsen, Jurisdição..., ob. cit., p. 246.

<sup>85</sup> Kelsen, Jurisdição..., ob. cit., p. 283.

<sup>86</sup> Kelsen, Jurisdição..., ob. cit., p. 289.

<sup>87</sup> A Corte Constitucional austríaca, integrada por Kelsen, é o exemplar pioneiro do controle de constitucionalidade, segundo métodos jurisdicionais, não-confundível com o *judicial review* americano, já que desempenhado por órgão que possuía como exclusivo propósito a decisão de controvérsias de nível constitucional. Durou de 1920 a 1933, pouco antes de a Áustria ser arrebatada pelo nazismo.

<sup>88</sup> Kelsen, Jurisdição..., ob. cit., pp. 249-250.

exercício do direito”<sup>89</sup>), não é função exclusiva do legislador. Retomou o argumento de que “encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício do poder”, acrescentando que “entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa”.<sup>90</sup> Deu conformação à idéia de que o juiz constitucional atua como “legislador negativo”, já que, ao golpear uma lei inconstitucional, “não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica”<sup>91</sup> A diferença essencial da atividade da jurisdição constitucional com relação à atividade legiferante do parlamento residiria em que, nesta última, há o que falta naquela, a “livre criação”, o que opera como fator assegurador da independência política da jurisdição constitucional, recomendando-a como sistema preferencial de controle. Em outro trabalho, Kelsen o enfatizava:

“Todas as considerações políticas que dominam a questão da formação do órgão legislativo não entram em linha de conta quando se trata da anulação das leis. É aqui que aparece a distinção entre a elaboração e a simples anulação das leis. A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição

---

<sup>89</sup> Kelsen, Jurisdição..., ob. cit., p. 250.

<sup>90</sup> Kelsen, Jurisdição..., ob. cit., p. 251.

<sup>91</sup> Kelsen, Jurisdição..., ob. cit., p. 263.

constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional”.<sup>92</sup>

Rebateu, assim, a crítica de que a jurisdição constitucional seria antitética à teoria da separação dos poderes. Repeliu, também, a objeção de que a atividade do controle não seria ajustada à jurisdição, afirmando que o raciocínio aí demandado seria tipicamente de subsunção:

“O suporte fático que deve ser subsumido à norma constitucional quando da decisão sobre a constitucionalidade de uma lei não é uma norma, mas sim a produção da norma, um verdadeiro suporte fático material, (...) que é regulado pela norma constitucional e que, porque e na medida em que é regulado pela Constituição, pode ser subsumido pela Constituição como qualquer outra norma”.<sup>93</sup>

Criticou, afinal, o que teve como falta de compreensão do trabalho do juiz por parte de Schmitt, quando este recusara ao aplicador da lei a tomada de decisões políticas:

“Também essa doutrina descende do estoque da ideologia da monarquia constitucional: o juiz tornado independente do monarca não deve se conscientizar do poder que a lei lhe confere, que – dado o seu caráter geral – lhe deve conferir. Ele deve crer que é um mero autômato, que não produz criativamente direito, mas sim apenas ‘acha’ direito já formado, ‘acha’ uma decisão já existente na lei. Tal doutrina foi desmascarada há muito tempo”.<sup>94</sup>

Observadores contemporâneos não recusam que a lógica do vienense foi

---

<sup>92</sup> Kelsen, Jurisdição..., ob. cit., p. 153. Essas considerações aparecem em artigo publicado por Kelsen em 1928, “A Jurisdição Constitucional”, publicado em revista francesa, antes de aparecer em alemão.

<sup>93</sup> Kelsen, Jurisdição..., ob. cit., p. 256.

“devastadora”, mas não colheu impacto político imediato.<sup>95</sup> Schmitt nunca se animou à réplica e a sua tese de identificação da vontade do estado com o presidente ou com o *führer* serviu para legitimar os movimentos golpistas dos primeiros anos da década de 1930 na Alemanha.<sup>96</sup> Quando a 2ª Guerra interrompeu a possibilidade do diálogo, ainda se opunham a proposta de Schmitt de “solução dos conflitos sociais da sociedade industrial por meio do líder mítico [e a de] Kelsen, arguindo que os grupos sociais tinham que se regular por si mesmos”.<sup>97</sup>

Ao tempo em que o silêncio recaiu sobre a debate teórico, a supremacia do parlamento já havia produzido a paradoxal e tirânica consequência do fortalecimento do Executivo, com a assunção, por este, de poderes ditatoriais — e, isso, por delegação do parlamento.

Na realidade, a prática de “atos de habilitação”, transferindo ao Executivo, em maior ou menor grau, poderes estimados como necessários para enfrentar a crise do momento, havia-se tornado método corrente para enfrentar as crises sociais, econômicas e monetárias dos anos 1920 e 1930. Era a fórmula de que se lançava mão para superar os bloqueios legislativos às medidas de urgência. Isso acontecia tanto na Alemanha como na França e também na Itália.<sup>98</sup>

Na Alemanha, repetidas vezes se recorreu aos poderes de emergência, conferidos ao presidente do Reich pelo art. 48 da Carta de Weimar. Em 1933, a

---

<sup>94</sup> Kelsen, *Jurisdição...*, ob. cit., p. 258. Kelsen cita trabalho dele mesmo como prova do desmascaramento da doutrina que critica em Schmitt.

<sup>95</sup> As idéias de Kelsen, porém, viriam a influenciar decisivamente o pós-guerra, como será visto mais adiante.

<sup>96</sup> Peter Caldwell. *Popular Sovereignty...*, ob. cit., pp. 116-118.

<sup>97</sup> Peter Caldwell. *Popular Sovereignty...*, ob. cit., p. 119.

delegação operou o colapso final do parlamentarismo, legalizando-se a ditadura de Hitler.<sup>99</sup>

Na França, em 1939, prevendo-se o conflito com a Alemanha, o parlamento também confiou ilimitado poder de decretar leis ao Executivo e, afinal, em 1940, transferiu ao Marechal Pétain todos os poderes de governo.

Na Itália, o aniquilamento do poder parlamentar ocorreu ainda antes, entre 1922 e 1925.<sup>100</sup>

Esse quadro de assunção pelo Executivo de poderes ditatoriais, e por delegação do Parlamento, somente foi possível, à vista da idéia de que o parlamento tudo podia, por ser soberano, incluindo-se na sua órbita de deliberação inclusive repassar os seus poderes ao Executivo.<sup>101</sup>

É conhecida a explicação de Carré de Malberg para as delegações do parlamento, no sentido de que expressariam a essência da ortodoxia do parlamentarismo republicano soberano. Uma vez que o parlamento representa a vontade geral da nação, tem ele o poder de, “ao seu alvitre e em qualquer matéria, quer legislar integralmente ele próprio, quer incumbir o Executivo de estatuir por decreto, na extensão determinada pela lei de habilitação”.<sup>102</sup> A condição de

---

<sup>98</sup> A propósito, Peter Lindseth. “The paradox of parliamentary supremacy: delegation, democracy and dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s”. Yale Law Journal. vol. 113, 2003-2004, pp. 1341-1415, em especial, p. 1360.

<sup>99</sup> O ato de habilitação de 1933 previa o término da delegação de competências em 1937. Os nazistas, então, obtiveram que o parlamento estendesse a delegação até 1943, quando Hitler, por decreto dele próprio, estendeu-a ainda mais. A propósito, Lindseth, “The paradox...”, ob. cit., p. 1371.

<sup>100</sup> Lindseth, “The paradox...”, ob. cit., p. 1357.

<sup>101</sup> Lindseth (“The paradox...”, ob. cit., p. 1372) comenta que a ilimitada transferência de autoridade para Pétain foi uma perversa, mas, não obstante, genuína expressão da supremacia do parlamento”.

<sup>102</sup> Carré de Malberg. La loi..., ob. cit., p. 87.

representante da vontade geral torna o parlamento uma espécie de assembléia constituinte virtual, insuscetível de controle externo algum. A Constituição se converte no que o parlamento decide que ela é.<sup>103</sup>

O modelo de supremacia do parlamento na Europa continental revelou-se falido, quando, concluída a 2ª Guerra Mundial, foram expostos os horrores macabros do totalitarismo – regime contra o qual o Legislativo se mostrou impotente, senão conivente.

Reacendeu-se o ímpeto pela busca de soluções de preservação da dignidade humana contra os abusos dos poderes estatais. As constituições se “materializaram”, positivando catálogos abertos de direitos básicos. A influência americana sobre a Europa no pós-guerra, sobretudo com a maciça presença na Itália e na Alemanha, colaborou para que, afinal, se vencessem as resistências à adoção de um controle jurisdicional de constitucionalidade de leis, como meio de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. A difusão do novo sistema foi de tal modo abrangente que, no atual milênio, segundo a bem-humorada síntese de Alec Sweet, “com uma educada reverência para Westminster, a soberania parlamentar pode ser declarada morta”.<sup>104</sup>

Um novo constitucionalismo ganha vulto, erigido sobre a atribuição de *status* de lei superior à Constituição, agora efetivamente protegida. O recente dogma deriva do novo enfoque que situa a sede da soberania no poder constituinte originário e toma a Constituição como a sua expressão escrita. Por ser a manifestação direta do poder constituinte originário, a Constituição eleva-se, subordinante, sobre os demais atos do Estado.

---

<sup>103</sup> Lindseth, “The Paradox...”, ob. cit., p. 1381.

<sup>104</sup> Alec Stone Sweet. “Why Europe...”, ob. cit., p. 2745.

Esse novo constitucionalismo inclui entre as suas noções cardeais tanto a assertiva de que as instituições estatais são criadas pela Constituição, dela recebendo a sua autoridade, como a máxima de que o desempenho de toda a autoridade pública somente se legitima quando conformado à Constituição. Proclama, também, direitos fundamentais diretamente tutelados por um sistema jurisdicional. Tudo isso é sustentado, preservando-se a premissa de que o poder deriva do povo, o qual se manifesta ordinariamente por intermédio dos seus representantes.<sup>105</sup>

Uma ainda generalizada desconfiança com relação ao sistema americano do *judicial review*, levou, contudo, à adoção de um instrumental de controle diverso daquele instituído na América.

## **O modelo europeu de jurisdição constitucional**

A maior parte da elite política na Europa continental no pós-guerra resistia à idéia de dividir a atividade política com os juízes. Alec Sweet relata que “especialmente os partidos de esquerda se opunham, de modo resolutivo, ao *judicial review*, vendo nele o espectro do temido ‘governo dos juízes’”<sup>106</sup>.

A resistência ao controle de constitucionalidade de molde americano chegou a ser, porém, menos intensa entre os *scholars*. Na França, Rivero e Moutouh relatam, em tom de repreensão acadêmica, que “todas as vezes que um órgão jurisdicional foi solicitado, no decorrer de um litígio, a se pronunciar sobre a constitucionalidade de

---

<sup>105</sup> Alec Stone Sweet. Governing with Judges. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 36. Para o autor, esse é o modelo político e de teoria de estado que se impôs hoje, não encontrando rival sério.

uma lei, ele afirmou sua incompetência”.<sup>107</sup> Os autores formam com a doutrina que compendiam, na qual, há muito, a autocontenção assumida pelos juizes era deplorada. Os doutrinadores de maior prestígio exortavam os magistrados “a menos timidez (...), [alegando que] a missão do juiz supõe, em primeiro lugar, que ele determine a lei aplicável ao caso”. A doutrina argüia que o juiz, “recusando-se a examinar o conflito que lhe é assinalado entre a lei constitucional e uma lei ordinária, se furta a uma de suas tarefas essenciais (...), acaba, paradoxalmente, fazendo a regra inferior prevalecer sobre a regra superior”<sup>108</sup>. Rivero e Moutouh relatam que essa posição crítica era compartilhada por publicistas de nomeada no início do século XX e que se chegou a aconselhar o controle jurisdicional. Citam comentários expressivos, nessa mesma linha, de Hauriou, na década de 1920. Concedem, no entanto, que “todas essas tentativas ficaram vãs”.<sup>109</sup>

Com efeito, desde o último quartel do século XIX, na 3ª República, os publicistas que compunham o que se conhece como a *Doutrina* se indignavam com a freqüência com que leis abusivas e arbitrárias eram promulgadas, daí o apelo que dirigiam aos tribunais para que se recusassem a aplicar tais normas. A reverência para com a lei era o obstáculo que a doutrina francesa percebeu que cumpria derrotar em primeiro lugar. Hauriou escreveu, fiel ao movimento, que cumpria “atacar, na raiz, a crença no poder absoluto da *Vontade Geral*, já que poucas falsas doutrinas haviam

---

<sup>106</sup> Alec Stone Sweet. *Governing...*, ob. cit., p. 39.

<sup>107</sup> Rivero e Moutouh. *Liberdades Públicas* (trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 268.

<sup>108</sup> Rivero e Moutouh. *Liberdades...*, ob. cit., p. 270.

<sup>109</sup> id. *ibid.* Béguin recolhe passagem de texto doutrinário, datado de 1923, de autoria de Hauriou, em que acentua “a necessidade de controlar os parlamentos, porque a sua legislação, movida pelas paixões eleitorais, se tornou uma perigosa ameaça para as liberdades” e, contemplando o sistema americano, afirma não ver por que o poder de controle

conseguido tamanha influência maligna como essa”. Duguit também se lançara, em obra de 1919, à crítica do que apodou de “concepção metafísica” da lei. Para desmitificá-la, ressaltou que o estatuto legal “é simplesmente a expressão da vontade individual dos homens que o elaboraram”, juntando, ainda, que “qualquer lei inconstitucional é lei sem efeito, lei sem força executória”. Desfez o que o princípio da separação de poderes poderia oferecer de embaraço, argumentando que, “justamente por ser o poder Judiciário distinto e independente dos outros dois, ele não pode ser forçado a aplicar lei que estime inconstitucional”. Gaston Jèze, em 1924, escrevendo sobre o controle jurisdicional das leis, acompanha Duguit, em linha realista: “as leis não expressam a vontade da nação. Juridicamente um estatuto é apenas a manifestação de um certo número de indivíduos”. Da mesma forma, Paul Roubier advertia para que, à falta de mecanismo de controle jurisdicional, leis que ferem direitos naturais inalienáveis e imprescritíveis poderiam ser implementadas, levando os cidadãos, sem outra alternativa, a ter que exercer o seu direito natural de revolta contra um regime injusto.<sup>110</sup>

O modelo que a doutrina tinha em vista era o do *judicial review* norte-americano. Foi, no entanto, o estímulo da atenção para sistema americano que reverteu o movimento em prol do controle jurisdicional, revigorando a hostilidade política, na França, a tal método de fiscalização.

Em célebre livro (“Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis”), Édouard Lambert criticou, em 1921, a interferência do

---

do juiz americano não pode ser reconhecido ao juiz francês. (Béguin. *Le Contrôle...*, ob. cit., p. 10).

<sup>110</sup> Todas as citações deste parágrafo estão em Sweet, “Why...”, ob. cit., pp. 2753-2754 e 2756.

judiciário norte-americano sobre a política, impedindo a implantação de medidas legislativas de interesse social. A expressão “gouvernement des juges”, ali cunhada pioneiramente, tornou-se lema para os que se opunham à jurisdição constitucional.

A partir da análise de precedentes relacionados com o devido processo legal substantivo, aplicado à legislação econômica pela Suprema Corte americana, Lambert concluiu que os juízes são reacionários e perigosos para a evolução adequada da sociedade, acrescentando que, sob o regime americano, ao invés de aplicar, os juízes fazem a Constituição, sendo, portanto, os verdadeiros governantes. Atribui-se ao livro impacto fenomenal sobre o clima doutrinário, até ali uniformemente favorável ao *judicial review*, e sobre a atmosfera política, intuitivamente indisposta com o controle judicial. O *judicial review* se inviabilizou e mesmo autores de prestígio, como Gaston Jèze, foram levados a rever o apoio inicial que lhe confiaram. É interessante notar como a aversão ao sistema americano perdurou na França. Nos trabalhos preparatórios da Constituição de 1946, apresentou-se e foi recusada proposta de instauração de uma suprema corte de estilo norte-americano, motivando a Assembléia a adotar uma resolução de repúdio, taxando o princípio do controle de constitucionalidade de inimigo da ordem constitucional francesa.<sup>111</sup>

Depois da 2ª Guerra, a fórmula kelseniana da jurisdição foi adotada na Europa continental afora a França, atendendo-se à necessidade do controle de constitucionalidade, sem suscitar imediato temor de um “governo dos juízes”. Pensava-se que assim se viabilizava a defesa da Constituição, sem arrebatrar a generalidade dos juízes para o prosicênio político.

---

<sup>111</sup> A propósito, Béguin. Le contrôle..., ob. cit., p. 11. Veja-se, também, Sweet, “Why...”, ob. cit., pp. 2758-2761.

A Justiça constitucional, nos moldes de Kelsen, se alastrou pelo velho continente, na medida em que os seus países emergiram de dificuldades históricas extraordinárias, a partir do término da 2ª Guerra Mundial. Diplomas constitucionais de 1948 e de 1949 prevêem cortes com jurisdição constitucional na Itália e na Alemanha. No auge da crise argelina, a Constituição francesa de 1958 também adota um sistema de controle peculiar, por meio do Conselho Constitucional. A jurisdição constitucional é acolhida, na década de 1970, em Portugal, na Espanha e na Grécia. Com a queda do comunismo, a partir de 1989, espalha-se pelas antigas ditaduras do Leste Europeu.

Há quem perceba vínculo de causalidade entre a adoção do controle de constitucionalidade na Europa e a contingência de as novas constituições, ali, terem que se firmar sobre um mínimo consenso em torno de valores e opções, entregues pelos constituintes à particularização legislativa posterior. As novas constituições resultaram, na maioria dos casos, de “intensas e freqüentemente conflituosas negociações entre os principais partidos nacionais”.<sup>112</sup> Os textos elaborados refletiram, no seu conteúdo, as preferências constitucionais dos grupos envolvidos por meio de expressões amplas e indefinidas. A largueza semântica das expressões acolhidas nos textos obedecia à necessidade de que todas as forças políticas concorrentes se reconhecessem, de algum modo, nas normas elaboradas, ainda que postergassem para a disputa política, a acontecer depois da elaboração do Estatuto Político, a mais exata definição dessas mesmas normas. As forças políticas viam, afinal, no estabelecimento de um mínimo de regras estáveis, balizadoras da competição entre elas próprias, o primeiro passo para o exercício eficaz do governo.

Para observadores, o estabelecimento da jurisdição constitucional merece ser visto como uma “resposta institucional às ambigüidades semânticas dos novos textos constitucionais, erigindo-se [o juiz constitucional] como ponte entre os problemas da incerteza [do texto] e da sua implementação. (...) A jurisdição constitucional funcionaria para clarificar, ao longo do tempo, o significado dessa convenção e para monitorar a sua observância”.<sup>113</sup> Esse seria o significado mais profundo de haver “a Constituição ela própria, por intermédio das regras de jurisdição, delegado autoridade para os juízes constitucionais, determinando como eles realizariam a revisão [das leis]”.<sup>114</sup>

O relevo da missão atribuída às cortes constitucionais obrigou que fossem elas concebidas com a garantia da independência. Estatuiu-se, também, o monopólio do contencioso constitucional, gerando o sistema concentrado de jurisdição. No que tange à composição dessas Cortes, foi disposto que os seus integrantes não haveriam de ser necessariamente juízes de carreira, podendo ser escolhidos tanto no grupo das autoridades políticas, como entre professores de direito, advogados e funcionários públicos — valendo o registro de que, na França, nem sequer se cobra do membro do Conselho Constitucional que seja jurista. Essa fórmula atende a recomendação de Kelsen, na década de 1920.<sup>115</sup>

As cortes constitucionais não se situam na organização ordinária de nenhum dos três poderes, conquanto existam relações com órgãos judiciários, instauradas pela remessa de questões de constitucionalidade por parte dos juízos ordinários, bem como

---

<sup>112</sup> Alec Stone Sweet. Governing..., ob. cit., p. 38.

<sup>113</sup> Alec Stone Sweet. Governing..., ob. cit., p. 44.

<sup>114</sup> id. *ibid.*

<sup>115</sup> Kelsen. Jurisdição..., ob. cit., p. 154.

nos casos em que as partes se valem do instrumento do recurso de amparo espanhol ou do recurso constitucional alemão, ambos instrumentos que franqueiam a jurisdição constitucional a alegações de ofensa a direito fundamental cometidas em instâncias judiciárias.

Essas cortes podem ser provocadas para exercer um controle abstrato, acionadas por autoridades políticas, num processo objetivo, em que a validade da lei constitui o objeto do pleito. As decisões tomadas têm força de coisa julgada *erga omnes*. O controle, ainda, pode ser preventivo ou repressivo, conforme aconteça antes ou depois de a lei ser promulgada, embora somente na França o controle exclusivamente preventivo seja expressivo. Em síntese, como assinala Mauro Cappelletti, para que possam fazer tudo isso, as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais.<sup>116</sup>

As cortes constitucionais, como visto, podem ser provocadas pela remessa de autos provenientes de instâncias judiciárias. O controle é, então, propiciado por um caso judicial, e nesse sentido, diz-se que é do tipo concreto, embora outros dos seus aspectos o aparentem ao controle abstrato. Nessas hipóteses de controle concreto, a Corte Constitucional dedica-se apenas à questão de constitucionalidade (não resolve o objeto da contenda entre autor e réu) e apenas o juiz, e não as partes, tem legitimidade para encaminhar a questão à corte, se entender que a norma relevante é inconstitucional. A decisão – e a máxima de julgamento que se extrai desse controle dito concreto –, a par disso, contará com efeito *erga omnes*.<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> Mauro Cappelletti. “O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais”. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, vol 3, 1961, p. 38.

<sup>117</sup> A propósito dessas características, ver Louis Favoreu. As Cortes Constitucionais. São Paulo: Landy, 2004, pp. 27-39. Ver também Sweet. “Why...”, ob. cit., pp. 2769-2771

Mesmo, portanto, quando o controle surge num caso concreto, flagram-se aí notas típicas do controle objetivo ou abstrato, que se revelam também na flexibilidade aberta, por exemplo, na Alemanha, para que a Corte Constitucional escolha os recursos constitucionais que julgará.

Charles Béguin relata que o critério de admissão do recurso em Karlsruhe leva em consideração o *interesse jurídico* do recurso, embora não se despreze o prejuízo eventualmente causado ao requerente pela recusa em conhecer o seu pleito. A Corte apreciará o recurso se estimar – por dois de seus integrantes – que a decisão “permitirá esclarecer uma questão de direito constitucional”<sup>118</sup>. Esse procedimento de escolha de casos enfatiza o que Béguin assinala como marca fundamentalmente objetiva do recurso constitucional. A seleção prévia de controvérsias “permite ao juiz [constitucional] se dedicar a um número limitado de casos, essenciais para a atualização, a sistematização e o desenvolvimento do direito objetivo”<sup>119</sup>.

Verifica-se, hoje, uma tendência nítida na direção da “filtragem” das causas apreciadas pelas cortes constitucionais na Europa.

Favoreu escreve, por exemplo, que a justificativa para a existência das cortes constitucionais – e, portanto, a sua legitimidade – liga-se à função a ela confiada de garantir o bom funcionamento das instituições num Estado moderno, assegurando espaço de atuação eficaz para as oposições, impondo o respeito aos limites do exercício do poder, promovendo a regulação e a ‘autenticação’ das mudanças políticas e reforçando, dessa forma, a coesão da comunidade política. Para que a “proteção dos direitos fundamentais contra o legislador” e demais finalidades do controle sejam

---

<sup>118</sup> Charles Béguin. Le Contrôle de la Constitutionnalité des Lois en République Fédérale D’Allemagne. Paris: Economica, 1982, pp. 122-123.

conseguidas, há, entretanto, que se resolver o problema da multiplicação de feitos, que conspira contra as condições ideais de análise das controvérsias. O problema insinua soluções que influenciam até mesmo o modo de exercício e os efeitos dos diferentes tipos de controle (em concreto ou em abstrato). Favoreu observa que, por isso também, “as técnicas de controle da constitucionalidade das leis tendem a aproximar-se, principalmente no que se refere ao conteúdo e ao alcance das decisões”. As Cortes necessitam reduzir o “assoberbamento de outros contenciosos”, para recolher a energia necessária para a elaboração de uma “jurisprudência cada vez mais refinada”, exigida pela busca de legitimidade na força persuasiva dos argumentos. Isso, decerto, favorece entendimentos restritivos à multiplicação de processos.<sup>120</sup>

A tendência anotada, portanto, é a da atribuição de efeitos amplos às decisões das cortes constitucionais, aproximando-os daqueles característicos do processo objetivo. Essa propensão justifica-se pela necessidade de se prevenir a repetição de causas, que, sobrecarregando as corte, prejudica a sua viabilidade funcional e se opõe ao cumprimento minucioso do dever da fundamentação.

O tema da legitimidade dessas cortes constitucionais na Europa, vale notar, se é amenizado pela previsão da existência e definição da competência da jurisdição constitucional nas próprias constituições, não deixa de envolver polêmica, sobretudo, quando se cuida da legitimidade de decisões em concreto ou de temas que as cortes entendem que estão sob a sua jurisdição. Esses debates espelham também as discussões que precederam a própria experiência histórica dessas cortes, a partir da segunda metade do século xx. Um dos pontos mais discutidos é justamente o que

---

<sup>119</sup> Charles Béguin, Le Contrôle..., ob. cit., p. 123.

<sup>120</sup> Citações deste parágrafo em Favoreu, As Cortes..., ob. cit., p. 36.

move a elaboração deste trabalho – o tema das possibilidades e limites dos juízos de ponderação em sede de controle de constitucionalidade.

Não é porque as cortes constitucionais foram previstas nas constituições europeias que se podem dar por resolvidos todos os problemas relacionados com a atuação dos órgãos responsáveis pela jurisdição constitucional.<sup>121</sup> Não se pode extrair somente da previsão constitucional um beneplácito para qualquer sorte de decisão que a Corte produza. Os limites da jurisdição constitucional, tema intrinsecamente afeito aos métodos de que ela se vale, não são definidos de modo imune a disputas e a impugnações. As cortes constitucionais, não raro, acham-se na contingência de terem que demonstrar a sua aptidão para, num regime democrático, dirimir controvérsias de cunho moral.

Em boa medida, essas dificuldades ligam-se a um conceito de jurisdição constitucional não suficientemente atento às peculiaridades relevantes do novo constitucionalismo.

As cortes constitucionais foram acolhidas sob a inspiração da aspiração de Kelsen de que atuariam como um *legislador negativo*, limitando-se a suprimir os diplomas inconciliáveis com a Constituição. O próprio Kelsen admitia que esse método era possível enquanto as constituições não contivessem enumeração mais extensa de direitos materiais. A consequência incontornável da adoção de princípios e valores nas constituições, que ademais eram fraseados com expressões abertas e plurissignificativas, foi a liberação do seu aplicador para, com uma larga dose de

---

<sup>121</sup> Sweet e Mathews, a esse respeito, anotam que, mesmo quando se sustenta que a supremacia da corte está assentada positivamente na previsão expressa do texto constitucional, isso não é bastante para “calar a controvérsia em torno da supremacia da Corte

criatividade, se lançar à tarefa de definir os direitos inscritos na Carta.<sup>122</sup>

O potencial conflitivo em interpretações dessa ordem, opondo o juiz constitucional ao legislador ordinário, não é difícil de ser intuído. Efetivamente, os atritos ocorrem, trazendo à baila, como questão básica, o problema da legitimidade da corte para censurar opções parlamentares. Acusa-se, não raro, o tribunal de se imiscuir em assuntos políticos, que devem ser confiados ao descortino de órgãos de representação popular, por agentes que respondem politicamente por seus atos. Diz-se mesmo que, hoje, na Alemanha, suscitar dúvida sobre a legitimidade dos juízos de censura ao legislador “tornou-se moda na literatura e símbolo de um pensamento político progressista”.<sup>123</sup>

O novo constitucionalismo atribui para a Constituição - verifica Prieto Sanchís - “um ambicioso programa normativo, que vai bem além do que exigiria a mera organização do poder mediante o estabelecimento das regras do jogo”. Tem-se, agora, “uma Constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, daí que o protagonismo fundamental continua a corresponder ao legislador democrático, mas, agora, irremediavelmente, a última palavra se encomenda aos juízes”.<sup>124</sup> A materialização da Constituição franqueia ao juiz constitucional um âmbito de discricionariedade que, num modelo de Constituição

---

e do que os juízes fazem com ela”. Sweet e Mathews. “Proportionality, balancing...”, ob. cit., p. 14.

<sup>122</sup> Sweet e Mathews apontam essa peculiaridade como uma importante tensão para o positivismo, lembrando também que dela Kelsen não esteve alheio, ao “explicitamente alertar para os perigos de se elevarem direitos a *status* constitucional”, já que “a corte que procurasse proteger direitos obliteraria inevitavelmente a distinção entre legislador positivo e negativo. Por meio da sua pesquisa do conteúdo e escopo dos direitos, os juízes constitucionais transformar-se-iam, inexoravelmente, em *supra-legisladores*” (Sweet e Mathews. “Proportionality, balancing...”, ob. cit., pp. 13-14).

<sup>123</sup> Cf. Favoreu. As Cortes..., ob. cit., p. 76.

composto apenas de regras de competência e de limites ao poder, era reservado ao legislador.

A própria estrutura normativa dos direitos fundamentais, ressalta Sweet, “constitui implícita delegação de enorme autoridade discricionária para os juízes constitucionais” e convida a exercícios de ponderação no momento de “deliberar sobre os limites de um dado direito constitucional de um indivíduo ou um grupo que entra em conflito com outro direito individual ou um interesse constitucional do governo”.<sup>125</sup> De fato, o aspecto extremamente aberto de certos direitos fundamentais que as cortes são chamadas a interpretar e aplicar - como o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade - favorecem o incremento do poder discricionário da jurisdição constitucional.

Ganha a Europa, assim, um novo tema para deslindar – o da compatibilização do princípio democrático com o controle de constitucionalidade nos moldes do constitucionalismo em vigor.

## **O tema da jurisdição constitucional nos Estados Unidos**

Nos Estados Unidos, bem antes do que ocorreu na Europa, desde o início do século XIX, foi reconhecido o valor normativo da Constituição como documento máximo da ordem jurídica, como o “supremo direito da terra”<sup>126</sup>. Peculiaridades históricas concorrem para esse fenômeno.

---

<sup>124</sup> Luis Prieto Sanchís. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madri: Trotta, 2003, p. 110.

<sup>125</sup> Alec Sweet. Governing..., ob. cit., p. 96 e 97.

Nos Estados Unidos, ao contrário do que acontecia na Europa na mesma época, não havia preocupação maior com o poder do Executivo. A eleição do Presidente da República tinha origem em voto popular, particular a mais a diferenciar o chefe do Executivo americano dos monarcas do final do absolutismo e do período da restauração. O perigo que assustava, na América do Norte, é, diversamente, o da expansão do Poder Legislativo<sup>127</sup>. O caminho que os americanos buscavam era o do equilíbrio dos poderes, precavendo-se contra as ambições hegemônicas do Congresso.<sup>128</sup>

A desconfiança para com o parlamento pode ser retrocedida aos fatores desencadeadores da independência americana. Leis arbitrárias britânicas das vésperas da independência indignaram os colonos, que as viram como deliberações espúrias de um parlamento corrompido, que se arrogara um poder ilimitado. O parlamento britânico se assomou aos colonos como força hostil à liberdade. A nova nação deveria premunir-se contra a legislatura propensa a medidas tirânicas.<sup>129</sup> Haveria de se construir um governo limitado. Percebeu-se que “a manutenção da liberdade não somente exige o estabelecimento de garantias para a sociedade em face do Estado,

---

<sup>126</sup> A expressão é do Juiz Marshall, nos primórdios do *Judicial Review*. (John Marshall. Decisões Constitucionais de Marshall. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903, pp. 24-26).

<sup>127</sup> Valdés, ob. cit., p. 108.

<sup>128</sup> A propósito, as palavras de Jefferson, recolhidas por Madison no Federalista (n. 48): “173 déspotas serão tão opressivos como um só. Não lutamos por um despotismo eletivo, mas por um governo baseado sobre princípios livres”.

<sup>129</sup> A propósito, Horst Dippel. “Soberania Popular e Separação de Poderes no Constitucionalismo Revolucionário da França e dos Estados Unidos da América” (trad. Paulo Sávio Peixoto Maia). Brasília: Faculdade de Direito (*mimeo*), p. 5): “‘Se não há nenhum limite para a Legislatura’, escreveu o *Providence Gazette* de 5 de agosto de 1786, ‘nós não somos mais um país livre, mas um país governado por uma oligarquia tirânica. (...) Um governo puramente legislativo como o da Inglaterra, onde os representantes são legisladores absolutos, sem qualquer sistema institucionalizado de controle, era considerado como um mero parlamentarismo despótico”.

como também a proteção das minorias em face de um eventual abuso democrático”.<sup>130</sup>

Na recém-fundada república americana, em que os dois poderes fundamentais do Estado procedem da mesma fonte de legitimidade, o voto popular, abriu-se margem à discussão do problema da proteção das minorias, que somente ocupará os europeus num posterior momento histórico.<sup>131</sup> Reparou-se que esse objetivo exigia que os limites dos poderes estivessem delineados num documento vinculante, insuscetível de ser alterado pelas mesmas maiorias contra as quais as restrições eram dispostas.

Tudo isso colaborou para que se encontrasse um valor jurídico singular na Constituição, como instrumento de submissão dos poderes a limites. Tornou-se viável a idéia da supremacia da Constituição sobre as leis.

A necessidade, ainda, de se seguir um procedimento mais dificultoso e solene de mudança da Constituição servia para acentuar-lhe a origem superior no poder constituinte originário — este, ele próprio, o único capaz de fixar como o texto poderia ser alterado. A supremacia da Constituição se reforça com a rigidez da carta.

A concepção da Constituição como norma jurídica suprema criou as condições necessárias para que se admitisse aos juizes a função de controlar a legitimidade constitucional das leis, integrando ao constitucionalismo moderno a doutrina do *judicial review*, pela qual o Judiciário se habilita a declarar não-aplicáveis normas

---

<sup>130</sup> Valdés, ob. cit., pp. 116/117.

<sup>131</sup> Já no Federalista (n. 51), Madison se mostra atento para o fato de que a união das maiorias por uma paixão comum põe em risco as minorias, e reconhece que no novo Estado a manutenção da liberdade exige garantias da sociedade em face do próprio Estado e em favor das minorias, contra abusos democráticos. Federalista, ob. cit., pp. 417-421,

contraditórias com a Constituição.<sup>132</sup>

A doutrina do *judicial review*, contudo, não fez o seu ingresso na História de modo assepticamente cerebrino. Conquanto os “pais fundadores” já considerassem correta a recusa pelos juizes em aplicar leis contrárias à Constituição<sup>133</sup>, o *judicial review* não chegou a ser instituído expressamente na Constituição americana. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis nos EUA resultou de uma construção pretoriana, armada num tempo de extrema tensão política, logo no início da vida republicana, no contexto de disputa de poder entre o partido Federalista, que dominava o Congresso Nacional e o Executivo até as eleições de 1800, e o partido Republicano (ou Anti-Federalista) – aquele partido não se abstendo de se valer de meios radicais para manter a posição hegemônica.<sup>134</sup>

Em 1800, os federalistas, desgastados e acossados por problemas conjunturais, perderam as eleições para o Congresso e para a Presidência da República. Foi eleito para o Executivo o republicano Thomas Jefferson.

---

<sup>132</sup> Consideram-se como princípios fundamentais do constitucionalismo moderno, além da supremacia da Constituição, a soberania popular, os direitos fundamentais e o postulado do governo limitado, a que se ligam os princípios da separação de poderes, a independência do Judiciário e a responsabilidade política dos governantes, princípios acolhidos pioneiramente pela Declaração de Direitos da Virgínia de 1776. Cf. Horst Dippel “Modern Constitutionalism, an Introduction to a History in Need of Writing”, *The Legal History Review*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, vol. 73, pp. 154-155.

<sup>133</sup> Lê-se em *O Federalista*: “Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juizes. Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos (...). Sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à vontade do povo, declarada na Constituição, os juizes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias” (*O Federalista*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 578 – capítulo n. 78).

<sup>134</sup> Por exemplo, durante o governo Federalista, foi aprovada a Lei de Sedição, que ensejou que os juizes, nomeados pelos Federalistas, punissem criminalmente os adversários políticos, que criticassem o Presidente Adams ou o Congresso Federalista. (cf. Nowark e Rotunda. *Constitutional Law*. St. Paul: West Publishing Co., 1995, p. 1). Sobre o episódio, veja-se, também, Jeremy Waldron. “Free Speech & the menace of hysteria”. *The New York Review of Books*, vol. 55, n. 9, 29 de maio de 2008.

Não obstante federalista, o Presidente Adams deveria continuar no cargo até março de 1801. Nesse intervalo, os Federalistas conceberam o propósito de continuar a protagonizar a vida pública, instalando-se no Poder Judiciário. Aprovaram, então, uma Lei do Judiciário, que criava dezesseis tribunais federais em vários pontos do território americano e cuidaram de preencher as vagas com correligionários. Esses tribunais viriam a liberar os juízes da Suprema Corte americana das cansativas viagens por todo o país, que lhes ocupava a maior parte do ano. Essas viagens eram necessárias, porque incumbia aos juízes da Suprema Corte, na companhia de juízes estaduais, apreciar as apelações nos Estados-membros em casos federais. Os cargos que se abriram nos novos tribunais eram vitalícios e poderiam, assim, abrigar próceres entre os federalistas de modo irreversível pelo novo governo.<sup>135</sup>

Os federalistas, entre as eleições e a posse de Jefferson, criaram também numerosos outros cargos de menor importância, ligados ao Judiciário. Contavam-se entre eles mais de quarenta postos de juiz de paz no Distrito de Colúmbia, que não eram vitalícios, sendo providos para mandato de cinco anos.

Nos três meses que antecederam a posse de Jefferson em 1801, vagou o cargo de Presidente da Suprema Corte. Adams não viu ninguém melhor para ocupá-lo do que o seu próprio Secretário de Estado, John Marshall.<sup>136</sup> A pedido de Adams, porém, Marshall desempenhou as funções de Secretário de Estado até a antevéspera da posse de Thomas Jefferson. Cabia a Marshall apor selo nos diplomas de nomeação e

---

<sup>135</sup> cf. Bruce Ackerman. The Failure or the Founding Fathers. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2005, *passim*, especialmente, pp. 124-125 e 128-130.

<sup>136</sup> Na realidade, Marshall não foi a primeira escolha de Adams. Foi indicado, depois que John Jay (um dos autores do Federalista) recusou o posto, desanimado, aos 55 anos, com as viagens pelo país a que eram obrigados os juízes da Suprema Corte. A recusa se deu sem que Jay soubesse que, dias depois, essas viagens seriam suprimidas pela Lei federalista do Judiciário. (cf. Ackerman, ob. cit., pp. 124-125).

encaminhá-los aos nomeados para os novos cargos do Judiciário, procedimentos necessários para as posses respectivas.

As nomeações tanto dos juízes dos tribunais federais como dos juízes de paz tiveram que ser feitas às pressas, já que o termo final do mandato de Adams se aproximava. Alguns desses juízes foram nomeados na noite anterior à posse dos Republicanos, daí a alcunha de *juízes da meia-noite* com que, às vezes, são referidos.

Um dos que deveriam ser empossados era William Marbury. Ele fora indicado juiz de paz pelo Presidente Adams e confirmado pelo Congresso, no seu último dia ainda federalista. O selo foi aposto pelo Secretário John Marshall, mas o diploma deveria, depois disso, ser remetido ao nomeado, o que terminou por ser esquecido no tumulto do último dia do governo.

Os republicanos chegaram ao poder particularmente irritados com as manobras federalistas no Judiciário, o que facilita compreender porque, quando Marbury cobrou o envio do ato já assinado e aprovado pelo Congresso Nacional, o novo Secretário de Estado, James Madison, instruído por Jefferson, o recusasse peremptoriamente.

Marbury, então, processou o novo Secretário de Estado, exigindo o envio do diploma indispensável para a posse. Valeu-se de ação criada por uma lei de 1789, que adicionara um *writ of mandamus* à lista das ações cometidas à competência originária da Suprema Corte.

O caso Marbury v. Madison agitou o cenário político norte-americano. O Presidente Jefferson entendeu que a Suprema Corte não poderia obrigar o Executivo à prática do ato desejado por Marbury. O Secretário Madison desdenhou o tribunal, não apresentando nenhuma defesa. A Corte marcou o início do julgamento do *writ* para 1802. Em resposta, o Congresso, agora dominado pelos republicanos, alterou o

calendário de funcionamento da Suprema Corte, suprimindo dele o período que havia sido designado para o julgamento do caso.<sup>137</sup>

O Congresso Nacional não se bastou com essa medida. Jefferson tomou como prioridade do início da sua gestão a derrubada da Lei do Judiciário, aprovada na legislatura anterior. Em julho de 1802, é editada nova lei, repudiando a Lei do Judiciário e agitando de indignação os federalistas.

Com a nova lei, todos os nomeados pelo governo Adams para os importantes cargos nos tribunais federais perderam o emprego e os juizes da Suprema Corte deveriam voltar a viajar pelo país, julgando apelações em casos de interesse federal. Um juiz da Suprema Corte, Samuel Chase, chegou a conclamar que os seus colegas se recusassem a participar desses julgamentos. Os magistrados, porém, não o seguiram. Chase chegou a sofrer um processo de *impeachment*, de que se livrou apenas porque o processo demorou a ser concluído no Congresso Nacional e novas conjunturas políticas o favoreceram.<sup>138</sup>

O clima de beligerância era inequívoco. E é nesse quadro — em que as instituições democráticas corriam sensíveis riscos e em que pressões crescentes ameaçavam aluir a independência do Judiciário — que a Suprema Corte, em 1803, afirmou o seu poder de declarar a inconstitucionalidade de leis do Congresso Nacional e a superioridade da sua interpretação da Constituição, deitando as bases do *judicial review*. Essa proclamação de força do Judiciário somente não provocou reações incendiárias em virtude da habilidade como foi concatenada.

Ao redigir a decisão da Suprema Corte para o caso *Marbury v. Madison*,

---

<sup>137</sup> Nowark e Rotunda, ob. cit., p. 2.

Marshall afirmou que a retenção do título necessário para a posse de Marbury era imprópria, mas negou a ordem impetrada, porque o *writ* de que Marbury se valera havia sido incluído no âmbito da competência originária da Suprema Corte por meio de lei ordinária. Segundo Marshall, a competência originária da Suprema Corte, fixada pela Constituição, não poderia ser distendida por diploma infraconstitucional. A lei que o pretendesse fazer entraria em atrito com o Texto Magno. Aqui, então, desenvolveu a tese de que a lei inconstitucional é inválida e de que cabe ao Judiciário assim declará-la.

O caso era perfeito para que Marshall sustentasse essa doutrina, incluindo nos livros jurídicos precedente decisivo para o fortalecimento do Judiciário. Com a solução encontrada, o Executivo republicano não foi compelido a entregar o diploma a Marbury e não teve por que se rebelar. Afirmou-se, não obstante, e sem provocar retaliação, a autoridade do poder Judiciário, superior à do Legislativo e à do Executivo, em tema de interpretação e aplicação da Constituição.<sup>139</sup>

O episódio é de capital importância para a história da afirmação da supremacia da Constituição, para a fixação do máximo valor jurídico dos textos constitucionais e para a compreensão do controle jurisdicional de constitucionalidade como mecanismo inerente a essas características da Constituição.

A Corte, em *Marbury v. Madison*, reclamou superioridade para o Judiciário, argumentando, essencialmente, com a idéia de que a Constituição é uma lei e que a essência da Constituição é ser um documento fundamental e vinculante. Desenvolveu

---

<sup>138</sup> cf. Ackerman, ob. cit., p. 150, 157, 167, 172 e 188 e 220-221.

<sup>139</sup> Diz-se que Marshall teria ficado tão empolgado com a possibilidade de afirmar o poder da Suprema Corte que teria desprezado algumas circunstâncias relevantes, que poderiam ter

a tese de que interpretar as leis insere-se no âmbito das tarefas próprias do Judiciário. Em caso de conflito entre dois diplomas, o juiz deve escolher, segundo a técnica aplicável, aquele que haverá de reger a situação levada a julgamento. Cabe, por isso, ao Judiciário, diante de uma hipótese de conflito entre uma lei infraconstitucional e a Constituição, aplicar esta última e desprezar a primeira. Afinal, como todos os poderes públicos devem-se sujeitar à Constituição, e uma vez que incumbe ao Judiciário a tarefa de interpretar esse diploma em derradeira instância, os atos dos demais poderes podem ser anulados por decisão do Judiciário, na qualidade de intérprete máximo, porque último, da Constituição.<sup>140</sup>

É interessante notar que o sensível tema do controle de constitucionalidade continuou a inspirar cuidados por muito tempo. Somente cinco décadas mais tarde, em 1857, no caso *Dred Scott*, a Suprema Corte voltou a julgar uma lei do Congresso Nacional incompatível com a Constituição. O precedente integra o rol das decisões mal-afamadas da História Judiciária americana. A Suprema Corte disse inconstitucional lei que garantia a liberdade de negros que passassem por Estados não-escravagistas. A decisão é tida como um dos estopins da guerra de secessão.

O controle de constitucionalidade tornou a movimentar o cenário político americano e a assustar os observadores europeus, durante a chamada “era Lochner”, período em que a Suprema Corte, invocando o princípio do devido processo legal substantivo, invalidou sistematicamente atos normativos de regulação econômica. As decisões eram tomadas sob inspiração de ideologia econômica conservadora, hostil às leis de proteção do trabalho e à ação ordenadora do Estado no âmbito das avenças

---

conduzido a desfecho diferente para o caso. Mais ainda, lembra-se que Marshall, por ter participado ativamente da nomeação de Marbury, deveria ter-se afastado do processo.

<sup>140</sup> Nowak e Rotunda. ob. cit., p. 10.

privadas. Os acórdãos favoreciam uma desprendida liberdade contratual, nos moldes da doutrina do *laissez-faire*.<sup>141</sup> Tribe registra, não obstante, que, quando proferida, a decisão no caso *Lochner*, hoje motivo de aberto repúdio, “ecoava uma poderosa tendência no pensamento e na política do início do século XX” e que, nesse tempo, o número dos comentaristas que apoiou o acórdão era pelo menos equivalente ao dos que a ele se opuseram.<sup>142</sup>

*Lochner* é um típico caso em que os juízes constitucionais assumem posição política, no exercício da ponderação entre interesses conflitantes. O intuito do Estado de Nova York em limitar a jornada de trabalho em 60 horas semanais não foi tido como suficientemente justificado pela necessidade de proteger a saúde dos padeiros. A Corte considerou que haveria outros meios para promover a higidez física desses trabalhadores, sem infringir, de modo tido como tão agressivo, a liberdade de contratar. Daí haver fulminado a lei.<sup>143</sup>

A era *Lochner* termina quando a pertinaz imposição pela Suprema Corte da doutrina do *laissez-faire* levou ao seu auge o conflito com o Executivo, eleito sob a bandeira programática do *New Deal*, que buscava vencer a Grande Depressão com ações positivas do Estado na vida econômica. A gravidade da situação econômica sobrepujou a ideologia conservadora da Corte. A opinião pública e integrantes do Tribunal se deram conta de que o fundamento básico que justificava o ativismo

---

<sup>141</sup> O caso *Lochner* (198 U.S. 45 – 1905) tem base de fato em circunstâncias paroquiais. Surge de uma multa que um pequeno padeiro recebeu por permitir que um dos seus empregados trabalhasse por mais de 60 horas semanais, infringindo, assim, lei do Estado de Nova York. Sobre os fatos da causa, de escasso registro no repositório oficial de jurisprudência acima citado, vale a leitura de Hadley Arkes, *Lochner v. New York*, in Great Cases in Constitutional Law. Princeton: Princeton University Press, 2000, pp. 94-129, especialmente pp. 103 e ss.

<sup>142</sup> Laurence H. Tribe. American Constitutional Law. Mineola: Foundation Press, 1988, p. 568.

<sup>143</sup> Tribe. American Constitutional..., ob. cit., pp. 569-570.

judicial nesse particular – o de que a Corte estaria restaurando a ordem natural das coisas, quando invalidava as medidas intervencionistas na economia – era equivocado, já que a crise revelara que não havia nenhuma ordem natural das coisas na economia.<sup>144</sup>

Paralelamente, ganhava público a concepção de que o Estado deveria assumir comportamento ativo para aplinar desigualdades sociais e reduzir o sofrimento dos menos privilegiados, assegurando-lhes salários minimamente dignos, jornadas de trabalho menos opressivas e gerando condições mais propícias para a criação de novos empregos.

As críticas ao Tribunal, nos anos 20 e 30, passaram a ser vocalizadas por centrais sindicais, grupos organizados e pela imprensa liberal. Dizia-se que a Corte estava usurpando o poder do Congresso Nacional.

Franklin Roosevelt, que, em seguida à devastadora crise econômica, havia conquistado a Presidência da República com a promessa de um programa de ação do Estado para renovar a economia, esbarrava em reiteradas anulações pela Suprema Corte das leis implementadoras desse programa. Sentindo-se apoiado pela maioria da população, Roosevelt divulgou, então, um projeto de aumento do número de juízes da Suprema Corte, ao argumento de que 6 deles estavam em idade avançada e que a sobrecarga de trabalho justificava que a composição da Corte fosse aumentada em igual número, passando de 9 para 15 membros. Tratava-se de uma alternativa ao *impeachment*, cogitado por Jefferson, no início do século XIX, mas com efeitos análogos.<sup>145</sup> O plano, conhecido como *court-packing*, foi derrotado, porém, no

---

<sup>144</sup> Tribe. American Constitutional..., ob. cit., p. 579.

<sup>145</sup> Cf. Ackerman. The Failure..., ob. cit., p. 263.

Senado, quando o último juiz da Suprema Corte, que ainda conferia a maioria para as decisões de ativismo conservador, aderiu à postura de não-interferência em deliberações legislativas de conteúdo econômico. No caso *West Coast Hotel v. Parrish*<sup>146</sup>, em 1937, o tribunal reverteu a sua firme orientação intervencionista e confirmou a constitucionalidade de lei definidora de salário-mínimo, pondo termo à chamada “era *Lochner*”.<sup>147</sup>

Em 1938, o caso *United States v. Carolene Products Co*<sup>148</sup> imprimiu novo alento ao modelo do *judicial review*, deprimido após a capitulação da Suprema Corte à política do *new deal*. Numa famosa nota de rodapé, num caso por si mesmo desimportante, versando disputa comercial em torno de venda interestadual de leite, o Tribunal descobriu uma nova função para o *judicial review*, ao afirmar que as “minorias discretas” não poderiam contar senão com a jurisdição constitucional para se defender das majorias democráticas.<sup>149</sup> A Suprema Corte, se abria mão do exame de teses econômicas, afirmava a competência para agir com rigor estrito nos casos em que grupos sub-representados politicamente não viam os seus interesses contemplados no processo político.

Nova posição ativista ocorreu anos mais tarde. Desta vez, para provar que o ativismo judicial não tem sempre, necessariamente, a mesma colaração política, a

---

<sup>146</sup> 300 U. S. 379 (1937).

<sup>147</sup> A defecção do Juiz Roberts da coluna conservadora para o grupo não-intervencionista acabou sendo conhecida como a “switch in time that saved nine”. Em 1939, a Suprema Corte proclamou, afinal, que tanto as teorias econômicas de Adam Smith como as de John Keynes eram igualmente aceitáveis constitucionalmente. A propósito, Tribe, *American Constitutional...*, ob. cit., p. 581.

<sup>148</sup> 304 U.S. 144 (1938).

<sup>149</sup> Merecem registro as análises do julgado pro Bruce Ackerman “Beyond *Carolene Products*”. *Harvard Law Review*, 1985, vol. 98, pp. 713 e seguintes, e Jeffrey Roy “*Carolene Products – a game theoretic approach*”. *Brigham Young University Law Review*, 2002, pp. 53 e ss.

Suprema Corte torna a se valer de argumentos sobre razoabilidade, agora para obter resultados liberais. Volta a recorrer a preceitos amplos e de generosa configuração, como o do “devido processo legal” e o da “igual proteção da lei”, para promover posições políticas controversas. Foi o que testemunharam os períodos em que o Tribunal esteve presidido pelo Juiz Warren (1953-1969) e, em seguida, pelo Juiz Burger (1969-1986).<sup>150</sup>

Essas oscilações, inevitavelmente, foram acompanhadas de acesos debates sobre o escopo e até sobre a própria validade em si do *judicial review* - que não tem, nos EUA, previsão constitucional expressa -, diante do atrito que a jurisdição constitucional provoca entre constitucionalismo e princípio democrático. Essas discussões hão de propiciar inquietudes no que tange ao uso da ponderação para a solução de conflitos de ordem constitucional, influenciando, igualmente, as propostas de metodologia para o seu exercício. Esses debates são persistentes no tempo, mantêm-se de viva atualidade e configuram pólo catalisador de atenções na doutrina constitucional dos dois lados do Atlântico.

## **Fecho**

Este capítulo se encerra dando por cumprido o propósito de expor o contexto histórico — nos seus traços mais salientes —, que a tese tem por indispensável para que se possa tratar com alguma solidez do tema do juízo de ponderação na jurisdição constitucional.

A ponderação de valores constitucionais pela justiça constitucional tem a ver

---

<sup>150</sup> Veja-se, a propósito, Kermitt Hall (ed.). The Oxford Companion to the Supreme Court.

com o poder do juiz constitucional na sociedade. O exame do assunto não dispensa, por isso, que seja compreendido sob o ângulo do equilíbrio entre poderes, necessariamente remodelado quando se passa a reconhecer uma participação ativa do Judiciário na definição da vida política.

A nova realidade de poder desempenhado pelo juiz constitucional é tributária do reconhecimento da Constituição como documento jurídico fundante e superior da comunidade política, definidor, além disso, de direitos básicos do ser humano. É ainda filha intelectual da concepção de que os direitos fundamentais e a própria Constituição não encontram proteção ideal nos ramos do governo de origem representativa, até porque os titulares destes, dependem, para permanecerem nos cargos, das próprias maiorias.

A solução encontrada no Velho e no Novo Mundo, e que se expandiu por todo o orbe democrático, limita a democracia para preservá-la, donde o seu caráter paradoxal.

As perplexidades daí suscitadas balizam o entendimento das tantas tensões que a jurisdição constitucional provoca, sobretudo quando o discricionarismo decisório tende a atingir máxima envergadura, como ocorre quando, para aplicar e proteger valores constitucionais, o juiz constitucional se vê na contingência de sopesar interesses e princípios contrastantes de igual *status* hierárquico-jurídico.

As próximas páginas se dedicam ao estudo dos enfoques doutrinários produzidos por esse entrechoque entre constitucionalismo e democracia, com vistas a colher subsídios que auxiliem na descoberta de limites e de justificações para o juízo de ponderação na jurisdição constitucional.

## CAPÍTULO 2 – O debate teórico: constitucionalismo e democracia e os críticos do juízo de ponderação

Em influente artigo, abordando o que qualificou como tema precípua da teoria constitucional americana, Frank Michelman verificou que “durante toda a sua existência, a teoria constitucional americana esteve assombrada e preocupada, senão totalmente consumida, pela busca da harmonia entre o que se ouve usualmente como dois compromissos colidentes: o constitucionalismo e a democracia”.<sup>151</sup>

O problema pode ser resumido na expressão “dificuldade *contramajoritária*”<sup>152</sup>, cunhada por Alexander Bickel para revelar o impasse percebido no fato de um órgão do Judiciário, não eletivo, anular uma deliberação do corpo de representantes do povo. Anotou Bickel que, “quando a Suprema Corte declara a inconstitucionalidade de um ato do Legislativo ou de um agente eleito do Executivo, ela frustra a vontade dos representantes do povo (...); exercita esse controle, não em nome da maioria prevalente, mas contra essa maioria. (...) Essa a razão por que se pode acusar o controle de constitucionalidade de antidemocrático”.<sup>153</sup>

A dificuldade *contramajoritária* residiria, portanto, na circunstância de, por meio do controle de constitucionalidade, se “aplicar e construir a Constituição em

---

<sup>151</sup> Frank I. Michelman. “Brennan and Democracy”. *California Law Review*, 1998, vol. 86, p. 399.

<sup>152</sup> A palavra *contramajoritária* é neologismo a que se rende para evitar o emprego do termo em inglês *countermajoritarian*, a que corresponde.

assuntos de premente atualidade, contra a vontade da maioria legislativa, que, de seu turno, é impotente para se sobrepor à decisão judicial”.<sup>154</sup>

Os mais prestigiados autores americanos nem sempre concordam na solução que propõem para o dilema, mas coincidem em admitir que o tema ganha contornos de “obsessão central da doutrina constitucional moderna”<sup>155</sup>.

Mark Tushnet certifica que a “teoria constitucional consiste sobretudo em teorias do controle de constitucionalidade”, anotando que quase a totalidade dos mais recentes estudos sobre a matéria “toma como questão central o que Alexander Bickel chamou de a ‘dificuldade contramajoritária’ do controle de constitucionalidade”.<sup>156</sup>

Bruce Ackerman comenta, igualmente, sem esconder a ironia, que “raramente passa um ano sem que algum eminente professor anuncie que descobriu a solução final para a dificuldade contramajoritária ou, o que é ainda mais tenebroso, que a dificuldade contramajoritária é insolúvel”<sup>157</sup>.

O tema, nos Estados Unidos, apresenta complexidade acentuada pela circunstância de o controle de constitucionalidade, ali, não possuir previsão expressa em diploma constitucional, como acontece em outros países, o que torna mais candente o tema da competência do Judiciário para a tarefa. Isso não deve levar, entretanto, à conclusão simplista de que o problema se cinge ao país da América do Norte. Em toda parte em que se adota o método da proteção da Constituição por meio de controle desempenhado por órgão estranho ao processo legislativo – e, como se

---

<sup>153</sup> Alexander M. Bickel. The Least Dangerous Branch. New Haven: Yale University Press, 1986 (2a ed), pp. 16-17.

<sup>154</sup> Bickel. The Least..., ob. cit., p. 20.

<sup>155</sup> Barry Friedman. “The History of countermajoritarian difficulty – Part one”. New York University Law Review, vol. 73, 1998, p. 334.

<sup>156</sup> Mark Tushnet. “Anti-formalism in recent constitutional theory”. Michigan Law Review, vol. 83, 1984-1985, p. 1502.

notou no capítulo anterior, essa é a tendência mundial, onde há democracia –, interpõe-se a questão do conflito entre o ideal de o povo se autodeterminar com o postulado de que deve haver limites às deliberações do mesmo povo. Se o propósito de uma proclamação de direitos fundamentais é o de “subtrair certos assuntos das vicissitudes das controvérsias políticas e colocá-los acima do alcance das maiorias e dos poderes constituídos, (...) o constitucionalismo se mostra essencialmente antidemocrático”.<sup>158</sup>

Como o constitucionalismo é a marca do Estado de Direito atual em todos os países que o acolhem o problema de como justificar a fiscalização judicial de constitucionalidade se põe em pauta e repercute nas reflexões sobre os limites, finalidades e métodos do próprio controle.

As respostas ao dilema são múltiplas, variando do cetismo radical ao mais hiperbólico otimismo epistêmico. Há quem, como relata Holmes, ancorando-se em pressupostos jusnaturalistas, sustente que os direitos fundamentais, como limite à vontade das maiorias, justificam-se por estarem inscritos na própria natureza, não resultando de consensos nem a eles se submetendo. Outros, enxergando um “caráter autodestrutivo numa democracia constitucionalmente ilimitada”, vêem na Constituição o instrumento institucional para subtrair poderes das maiorias a fim de que o sistema se preserve. Para essa corrente, numa comparação com a célebre passagem de Homero sobre a travessia de Ulisses pelo mar das sereias, “os cidadãos necessitam da Constituição, como Ulisses precisava de estar amarrado ao seu mastro, [já que] se aos eleitores fosse permitido decidir tudo o que querem, eles

---

<sup>157</sup> Bruce Ackerman. “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”. Yale Law Journal, vol. 93, 1984, p. 1016.

inevitavelmente soçobriariam”.<sup>159</sup>

A tensão entre constitucionalismo e democracia se agudiza na medida em que mais valores são incorporados ao texto constitucional e um grupo mais volumoso de decisões se torna insuscetível de revisão pelas maiorias futuras. O fenômeno, também chamado de “materialização da Constituição”, corresponde à passagem do Estado de direito em sentido formal para o Estado material de direito e do Estado de direito em sentido liberal ao Estado social de direito.<sup>160</sup> Essa característica, somada ao reconhecimento do valor jurídico superior da Constituição, informa o constitucionalismo do pós-guerra, a que alguns denominam de *neoconstitucionalismo*. “A Constituição – assinala Böckenförde – já não se limita a fixar os limites do poder do Estado, por meio da liberdade civil, e a organizar a articulação e os limites da formação política da vontade e do exercício do domínio, senão que se converte em positividade jurídica dos ‘valores fundamentais’ da ordem da vida em comum”.<sup>161</sup>

É ocioso enfatizar que esse giro de materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas. Mais ainda: como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assumia terminante influência sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo. Inevitavelmente, tonifica-se o *paradoxo da democracia*, mesmo onde a jurisdição constitucional é objeto de

<sup>158</sup> Stephen Holmes. “Precommitment and the paradox of democracy”. Elster e Slagstad (eds.) *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 196.

<sup>159</sup> Holmes. “Precommitment...”, ob. cit., p. 196.

<sup>160</sup> A propósito, na Alemanha, veja-se Ernst Wolfgang Böckenförde. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madri: Trotta, 2000, p. 17. Entre nós, confira-se o estudo de Menelick de Carvalho Netto. “A hermenêutica constitucional...”, ob. cit.

<sup>161</sup> Böckenförde. *Estudios...*, ob. cit., p. 40.

criação expressa pelo poder constituinte.

Com a materialização da Constituição, postulados ético-morais ganham vinculatividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais. O problema, adverte Böckenförde, está em que se estabelece um monopólio da interpretação desses valores e postulados, e estes, “como tais, não são suscetíveis de uma fundamentação racional mediada intersubjetivamente (...), não havendo um sistema racionalmente fundado para resolver os conflitos entre esses valores”<sup>162</sup>.

Está demonstrado, portanto, que o propalado *paradoxo democrático*, se não suscita dúvida sobre a legitimidade da existência da jurisdição constitucional, onde ela está prevista na própria Lei Maior, não deixa de excitar reflexões cruciais sobre o papel, modo de agir e os lindes dessa mesma jurisdição – pontos primaciais para a avaliação da legitimidade da ponderação de valores pelo juiz constitucional. O tema está substancialmente vinculado ao movimento de materialização dos Estatutos Políticos, que propiciou a compreensão das constituições como ordem de valores.

## **Constituição como ordem de valores**

A concepção da Constituição como ordem de valores ganha relevo doutrinário expressivo na Alemanha, a partir do caso Lüth<sup>163</sup>. Dali se espraia pelo continente

---

<sup>162</sup> Böckenförde. *Estudios...*, ob. cit., pp. 42-43.

<sup>163</sup> Em 1950, Erich Lüth, que estava à frente do Clube de Imprensa de Hamburgo, uma entidade privada, conclamou distribuidores e produtores cinematográficos que boicotassem o filme "*Unsterbliche Gelibte*" (Amante Imortal), dirigido por antigo partidário de Hitler e divulgador da ideologia nazista anti-semita, Veit Harlan. O produtor do filme obteve uma ordem do Tribunal estadual de Hamburgo, para que Lüth se abstivesse de levar adiante a campanha de boicote, valendo-se do disposto no § 826 do Código Civil alemão (norma que submete a obrigação reparatória quem, de modo contrário aos bons costumes, cause danos dolosamente a outro). Lüth remeteu a questão, por meio de recurso constitucional ao Tribunal Constitucional alemão. O desfecho da demanda assenta-se no pressuposto de que a

européu e pela América Latina. Ganha força a noção de que a Lei Fundamental não é axiologicamente neutra, mas configura um sistema de valores que afeta todo o ordenamento jurídico e que enseja a obrigação de o Estado não apenas se abster de interferir no âmbito protegido pelos direitos fundamentais, como de também obrar positivamente, fomentando e concretizando tudo o que se preste para a realização máxima desses valores veiculados nas normas jusfundamentais, mesmo que essa ação não seja exigida a partir de uma pretensão decorrente de um direito subjetivo de alguém em concreto.

A decisão no caso Lüth desvenda a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Dessa perspectiva decorre a irradiação dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico, tornando-os marcos interpretativos de todos os preceitos jurídicos, operando, pois, como limite do Poder Público. Essa dimensão objetiva faz com que os direitos fundamentais transcendam “a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo o direito positivo, [formando] a base do

---

Constituição representa uma ordem de valores que também repercute no domínio das relações entre particulares. O resultado final é assim descrito por Gilmar Ferreira Mendes: “A Corte Constitucional deu pela procedência do recurso, enfatizando que decisões de tribunais civis, com base em leis gerais de natureza privada, podem lesar o direito de livre manifestação de opinião consagrado no art. 5, 1, da Lei Fundamental. Os tribunais ordinários estariam obrigados a levar em consideração o significado dos direitos fundamentais em face dos bens juridicamente tutelados pelas leis gerais (juízo de ponderação). Na espécie, entendeu a Corte que, ao apreciar a conduta do recorrente, o Tribunal estadual teria desconsiderado (*verkannt*) o especial significado que se atribui ao direito de livre manifestação de opinião também nos casos em que ele se confronta com interesses privados” (Gilmar Ferreira Mendes. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 225). Veja-se a íntegra do decisório em Jürgen Schwabe. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (trad. e org. Leonardo Martins). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, pp. 381-395.

ordenamento jurídico de um Estado democrático”<sup>164</sup>.

Vê-se que essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais infiltra o direito constitucional em todas as searas do direito positivo, espraçando o poder das cortes constitucionais sobre os mais variados aspectos da vida política, e mesmo privada, de uma comunidade — conseqüência que atíça com maior dramaticidade as preocupações que a expressão *paradoxo da democracia* resume.

Compreendem-se as circunstâncias históricas que favoreceram essa inteligência transcendente das normas jusfundamentais. A ordem constitucional na Alemanha, erguida sobre a assuada do regime totalitário, pretendia implementar o nobre sonho de uma sociedade entranhada pelo respeito à dignidade da pessoa humana.<sup>165</sup> A dignidade humana é compreendida, sobretudo, como consistindo na “capacidade de [o homem] ser consciente de si mesmo, de determinar-se a si mesmo e de configurar-se e configurar o mundo que o rodeia”.<sup>166</sup> Essa dignidade estaria protegida pela Constituição contra todo ataque, que haveria de ser repellido com a invocação, quer do direito geral de liberdade, quer do direito de igualdade, e pelos demais direitos fundamentais enumerados como emanações desses dois principais postulados.<sup>167</sup>

Os primeiros defensores dessa concepção dos direitos fundamentais não deixavam de perceber a conseqüência de aumento do poder do Judiciário daí advindo,

---

<sup>164</sup> Paulo G. Gonet Branco. “Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais”. Gilmar Ferreira Mendes e outros. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 153.

<sup>165</sup> O que torna compreensível também a ênfase no aspecto de direito de defesa que se nota na interpretação, pela Corte de Karlsruhe, da cláusula respectiva da Lei Fundamental de Bonn, sobretudo até meados da década de 1970. Cf. Ernst Benda. “The Protection of Human Dignity”. SMU Law Review, vol. 53, 2000, p. 446.

<sup>166</sup> Concepção introduzida por Dürig na atual ordem constitucional alemã, cf. Luis M. Cruz. La Constitución como orden de valores. Granada: Editora Comares, 2005, p. 21.

bem assim a diminuição proporcional da força do Legislativo e do Executivo.<sup>168</sup> Entendam, contudo, que esses desdobramentos seriam inevitáveis e justificáveis, já que a experiência da confiança no legislador como garantidor dos direitos fundamentais não fora alvissareira. Com isso, “a relação do homem com a lei mudou totalmente. (...) [A lei que] em outro tempo era o escudo da liberdade e do Direito, converteu-se, precisamente, numa ameaça para esses bens”.<sup>169</sup>

Bachof defende o controle de constitucionalidade contra a crítica de que seria fator de desequilíbrio do sistema de separação de poderes. Sustenta que o propósito de assegurar liberdade, que confere sentido ao princípio da separação dos poderes, resta fortalecido com o controle. Repara que a concepção intervencionista do Estado social engendra uma crescente dependência do homem ao Executivo e ao Legislativo, reclamando mecanismo de contenção de potenciais abusos contra a dignidade da pessoa por esses ramos do Poder Público – tarefa de que a jurisdição constitucional se desincumbe.<sup>170</sup>

Bachof enfrenta o argumento do *deficit* democrático da jurisdição constitucional, dizendo que o juiz não é o único agente político que não recebe delegação imediata do povo, havendo autoridades outras do Executivo na mesma situação. Importante para Bachof não é a definição do tipo de mandato que o juiz exerce, mas, antes, ter em conta que ele administra a justiça em nome do povo, em função que se desenrola em constante e contínuo diálogo com as partes litigantes, com os colegas do tribunal, com os inumeráveis outros tribunais, com o mundo técnico-

---

<sup>167</sup> Cruz. ob. cit., p. 28.

<sup>168</sup> Otto Bachof. Jueces y constitución. Madri: Civitas, 1985, p. 27

<sup>169</sup> Bachof. Jueces..., ob. cit., p. 48.

<sup>170</sup> Cf. Bachoff. Jueces..., ob. cit., pp. 58-59.

jurídico e com a opinião pública.<sup>171</sup>

Bachof não recusa que o juiz constitucional envolve as suas decisões de aplicação do direito em valorações políticas. Acredita, porém, que o mesmo ininterrupto diálogo que a correta atividade jurisdicional pressupõe garante um nível elevado de objetividade, em torno do “mínimo de acordo de todos os *seres pensantes justos e retos*, sem o qual todo o intento de criação de uma ordem jurídica integrada estaria fadado, desde o início, ao fracasso”.<sup>172</sup> Completa o argumento, salientando a importância da independência do juiz, apanágio que não existiria se o controle fosse realizado por quem praticou o ato sob fiscalização. Diz que o tribunal constitucional não pode ser indiferente às consequências políticas de suas decisões, ressalvando que, de toda sorte, “somente pode ter em conta essas consequências dentro do marco das possibilidades abertas pelo ordenamento jurídico”.<sup>173</sup>

Como se vê, Bachof esquadriinha a oposição constitucionalismo e democracia para negar a existência de uma colisão, porque considera que a democracia depende das limitações impostas pelo constitucionalismo. Acentua que a entrega do controle de constitucionalidade a um órgão que não recebe mandato direto do povo figura opção que não concorre com alternativa viável. Entende – tratando, aqui, de aspecto fundamental para os tópicos seguintes desta tese – que o substrato democrático da decisão constitucional decorre da sua fundamentação e do processo, sempre aberto ao diálogo, que a antecede. Nessa medida, não entrevê obstáculo a que a jurisdição se exerça sobre todo ato passível de ser confrontado com dispositivo constitucional, independentemente de neste se plasmar um princípio ético aberto. Acolhe como bom

---

<sup>171</sup> Idem, p. 60.

<sup>172</sup> idem, p. 62.

<sup>173</sup> Idem, p. 139.

o modelo de um Estado constitucional de direito.

### **Os críticos da ponderação**

Se o modelo constitucional firmado sob a idéia de que a Constituição enfeixa uma ordem de valores foi saudado positivamente logo no seu início, também cedo teve que se medir com os críticos, que estenderam o pessimismo quanto às virtudes da teoria às suas conseqüências inevitáveis em termos de alargamento do poder dos juízes. Os juízes estariam, segundo os mesmos opositores, perigosamente aparelhados para forçar à sociedade as suas compreensões axiológicas pessoais.

De fato, as objeções a que os juízes formulem decisões de valor, sobretudo em sede de controle de constitucionalidade, assentam-se, muitas vezes, em inquietações com as conseqüências práticas para o Estado de Direito, engendradas pela assimilação dos preceitos constitucionais a formulações de valores.

Causa alarme que juízos tão latos e politicamente discricionários, como os que decorrem da visão da Constituição como uma carta de valores, sejam confiados à palavra definitiva do tribunal constitucional, e, não, ao Legislativo - o órgão legitimado, no plano dos princípios da democracia e da divisão dos poderes, para decisões de desenvolvimento da ordem social.

É conhecida a repulsa de Forsthoff à possibilidade de se identificar o Estado constitucional de direito com o Estado social. Confundi-los seria a raiz da transformação - que deplora - do Estado de Direito em Estado Judicial.<sup>174</sup>

Forsthoff assegura que é impossível um Estado Social de Direito, “com meio

Estado Social e meio Estado de Direito”<sup>175</sup>. O Estado de Direito pressupõe, segundo sustenta, um alto grau de formalização. Explica que os “principais elementos estruturais [do Estado de Direito], como a divisão de poderes, o conceito de lei, o princípio da legalidade na Administração, a garantia dos direitos fundamentais e a independência dos tribunais, contêm, em si mesmos, as condições de sua eficácia. Se estes elementos estão presentes, presente está, simultaneamente, a sua efetividade (...). A certeza e a segurança sobre o que vai ocorrer sempre foram louvadas como excelentes notas características da Constituição do Estado de Direito”.<sup>176</sup>

De seu turno, o Estado social depende de comportamentos ativos dos Poderes Públicos, não se contentando em ser limitado constitucionalmente.

Bem diferente do Estado liberal de Direito, o Estado social “supõe um Estado que ajuda, reparte, distribui e adjudica, que não abandona o indivíduo em sua situação social, mas que o acode com subsídios”. Daí a conclusão de Forsthoff de que “o Estado de Direito e o Estado social são, no sentido intencional, completamente diversos, para não dizer antagônicos”,<sup>177</sup> cada qual se compõe de instituições próprias, orientadas às finalidades que definem cada modalidade de ser do Estado.

Entre as notas que estremam um e outro tipo de Estado, estaria, para Forsthoff, a função que atribuem para as normas.

No Estado de Direito, as normas são gerais e abstratas, com fronteiras bem definidas pelos limites negativos dispostos pelos direitos fundamentais ao legislador.

---

<sup>174</sup> Forsthoff. “Los Derechos fundamentales” in El Estado de la sociedade industrial. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 237 e ss. O texto é citado por Luís Cruz. La Constitución como orden de valores. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 55.

<sup>175</sup> Forsthoff. “Concepto y esencia del Estado Social de Derecho” in Abendroth, Forsthoff e Doehring. El Estado Social. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 80.

<sup>176</sup> Forsthoff. “Concepto...”, ob. cit., p. 83.

<sup>177</sup> Forsthoff. “Concepto...”, ob. cit., p. 86.

No Estado social, os direitos de participação, que conferem a tônica dos direitos sociais, “carecem de conteúdo constante, suscetíveis de regulação prévia. Necessitam de modulações e diferenciações, uma vez que somente são razoáveis sob o marco do oportuno, necessário e possível, segundo o caso concreto”<sup>178</sup>.

Por isso, Forsthoff sustenta que os direitos sociais - que exemplifica com o direito ao trabalho, à segurança social, à educação - não encontram espaço suficiente em normas abstratas, auto-aplicáveis; por isso também, sustenta que tais direitos não convivem com a concepção de norma constitucional colhida dos fundamentos do Estado de Direito, em que se reverencia a previsibilidade e a calculabilidade.

Uma Constituição que se pretende expressão tanto de um Estado de Direito como de um Estado social, desse modo, há de experimentar momentos de agônicas incompatibilidades, exigindo do legislador e dos aplicadores do Direito constante empenho para estabelecer um equilíbrio entre uma e outra tendência contrastantes e um esforço denodado para instituir as compensações indispensáveis.<sup>179</sup>

O equilíbrio se rompe, alerta Forsthoff, quando o juiz deixa de estar abaixo da Constituição e “usurpa” a competência decisória do legislador. Isso ocorre, prossegue, quando o juiz enxerga a Constituição como uma ordem de valores. As interpretações, então, convertem-se em temas de opinião, erodindo toda a segurança jurídica, num processo em que de judicial nada mais há do que a circunstância de ser levado a cabo por juízes. Essa conjuntura ganha realidade como resultado da constitucionalização do Estado social, que demanda princípios abertos às necessidades e conveniências cambiantes e não prescinde de uma compreensão de direitos fundamentais ajustada a

---

<sup>178</sup> id. *ibidem*.

<sup>179</sup> Forsthoff. “Concepto...”, *ob. cit.*, p. 106.

essa função social.<sup>180</sup>

Carl Schmitt, em 1959, reverbera essa mesma preocupação de Forsthoff, em palestra sobre a “tirania dos valores”<sup>181</sup>. Concorde com Forsthoff em que, “com a invasão dos *valores*, provocou-se, em toda a sua agudeza, o problema da dissolução de conceitos e métodos jurídicos”.<sup>182</sup> Afinal, no raciocínio de Schmitt, os valores não *são*, mas *valem* e têm ânsia de se impor – e se impor contra alguém. “O valor maior tem o direito e até o dever de submeter o valor inferior”.<sup>183</sup>

Essas complexidades se exasperam pela inexistência de valores objetivos. Os valores correspondem a interesses e ideologias. Schmitt põe-se de acordo com Weber em que “é o indivíduo humano quem estabelece os valores, com liberdade de decisão completa e puramente subjetiva”. Vê também que “a liberdade puramente subjetiva de estabelecer valores conduz, no entanto, a uma luta eterna de valores e ideologias, a uma guerra de todos contra todos”<sup>184</sup>. Daí repelir o uso da teoria dos valores como método de interpretação e aplicação do direito. O processo de preferir um valor a outro é entendido como insuscetível de qualquer rigor conceitual e lógico, traduz-se como simples manifestação de interesses subjetivos, expressando mera disposição pessoal de quem é plenamente livre para valorar como quiser, tornando-se, por fim, sempre apto a gerar mais dissenso e insubordinação.

O recurso a argumentos de valor como meio para a atividade jurisdicional tornaria a resolução de conflitos algo incontrolável e inseguro, expondo os direitos à

---

<sup>180</sup> A propósito, Luís Cruz, *ob. cit.*, p. 67.

<sup>181</sup> A palestra, sob o título de “La tiranía de los valores”, foi proferida em Ebrach, em 23 de outubro de 1959. Em 1960, uma edição privada foi distribuída aos participantes e desta foi publicada uma versão em espanhol na Revista de Estudios Políticos (Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1961, n. 115, pp. 65-81).

<sup>182</sup> Schmitt. “La tiranía...”, *ob. cit.*, p. 67.

<sup>183</sup> Schmitt. “La tiranía...”, *ob. cit.*, p. 75.

aniquilação. Instituiria, assim, sob o bastão do Judiciário, uma tirania daqueles valores professados pelos tribunais superiores.

Essas inquietações de cunho especulativo também ganharam voz em juristas com assento em Corte Constitucional.

### **A crítica de Böckenförde**

Em 1985, dois juízes da Corte Constitucional alemã, Böckenförde e Mahrenholz, votaram vencidos em caso em que se apreciava a constitucionalidade de lei que regulava a objeção de consciência ao serviço militar. Entre outros pontos, atacava-se dispositivo que reclamava a apresentação pelo interessado de extenso currículo, exposição minuciosa e pessoal dos motivos para a objeção, atestado de boa conduta e em que se estipulava, afinal, a possibilidade de, em sendo necessário, o objetante ser chamado para o serviço militar.

A maioria do Tribunal entendeu que essas disposições eram válidas, porque o direito de objeção haveria de ser ponderado com o valor constitucional da efetiva defesa nacional, que normas de competência da Lei Fundamental designariam.

Os juízes que divergiram não aceitaram que esse fator, tomado para a ponderação, pudesse ser deduzido de norma constitucional sobre competência da Federação para legislar com exclusividade sobre defesa e proteção da população civil e sobre organização e atribuições das Forças Armadas. A ponderação, aí, estaria sendo efetuada em desfavor do direito fundamental – e os direitos fundamentais, numa Constituição de um Estado democrático de Direito, consistem precisamente em

---

<sup>184</sup> Schmitt. “La tiranía...”, ob. cit., pp. 69-70.

limites ao desempenho de funções dos poderes públicos. Objetaram que, a ser desse modo, seria possível “legitimar pela interpretação constitucional quase qualquer limitação dos direitos fundamentais”. Isso significaria dissolver a estrutura normativa da Constituição. Os direitos fundamentais perderiam a sua força deontológica, equiparando-se a meros interesses, situação agravada por não existir critério geral, disposto pelo constituinte, para o sopesamento reclamado entre os interesses concorrentes. Nas palavras do voto vencido no precedente, “o direito aplicável não mais tem a sua sede na Constituição, mas no juízo de ponderação do juiz”.<sup>185</sup>

Essas convicções foram desenvolvidas, logo mais, por Böckenförde, em trabalhos doutrinários. Neles, o autor cerra fileira com os que sentem embaraço em adotar uma teoria axiológica dos direitos fundamentais, em face da abertura desmedida que o método franquearia para opiniões e idéias subjetivas dos juízes, desprovidas de possibilidade de controle racional eficaz. O recurso aos valores estaria inevitavelmente enredado em intuições e emoções impermeáveis ao compartilhamento discursivo.

Böckenförde vê na fórmula que associa os direitos fundamentais a valores o caminho encontrado para encobrir deliberações judiciais desvestidas de rigor jurídico, porque “não existe com clareza nem uma fundamentação racional para os valores e nem uma ordem de valores, nem um sistema de preferências discutíveis e reconhecíveis racionalmente para a determinação de uma hierarquia de valores e para uma ponderação de valores edificada sobre ela”.<sup>186</sup> “Não existe – diz o autor em outro lugar – um sistema racionalmente fundado para resolver os conflitos entre esses

---

<sup>185</sup> O relato do caso e as citações dos votos vencidos estão em Luis Cruz, ob. cit., pp. 46-51.

<sup>186</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 60.

valores”.<sup>187</sup>

O autor censura enfaticamente o recurso à ponderação de valores em tema de direitos fundamentais. Para ele, a invocação da ponderação de valores para resolver conflitos revela uma aparência racional, mas foge à “fundamentação real”. A conclusão é a de que, “na prática, significa uma fórmula velada do decisionismo judicial ou interpretativo”.<sup>188</sup> O problema se torna tanto mais sensível, porquanto depois do juízo de valor ficaria dispensada qualquer outra fundamentação.

Os direitos fundamentais submetidos a uma compreensão axiológica perderiam a sua força, segundo expõe Böckenförde, sobretudo porque, por essa via, “se abre conscientemente a porta na interpretação dos direitos fundamentais às correntes de juízos de valor e às concepções valorativas do momento, que são, por vezes, de rápida mutação”.<sup>189</sup> Prossegue na crítica, aludindo ao sério risco de se frustrar a função protetiva dos direitos fundamentais contra a vontade das maiorias:

“Com isso, as liberdades fundamentais se expõem à intervenção da consciência valorativa social imperante: já não desfrutam do caráter do juridicamente preexistente. (...) Ademais, [a liberdade fundamental] se submete a uma reserva de garantia bastante genérica, sujeita por um lado à consciência valorativa atual e, por outro, às exigências axiológicas da comunidade (de valores) estatal”.<sup>190</sup>

Böckenförde ilustra a sua percepção, advertindo para a conseqüência de diluição da vinculatividade dos direitos fundamentais, com o exemplo do que poderia suceder à liberdade de consciência. Essa garantia terminaria por proteger apenas a

---

<sup>187</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madri: Trotta, 2000, p. 43.

<sup>188</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde. Escritos..., ob. cit., p. 60.

<sup>189</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde. Escritos..., ob. cit., p. 58.

<sup>190</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde. Escritos, ob. cit., p. 59.

quem não necessita invocá-la (por estar em conformidade com o pensamento dominante), mas não sustentaria a posição de quem mais dela necessita, o *dissidente*, que, por não consoar com o que se entende no momento como valioso, não teria por que ser protegido. Afinal, não se garantiria a *liberdade*, senão e somente a *liberdade valiosa*, tutelada segundo o que o Estado define como valioso.<sup>191</sup>

Böckenförde associa o fenômeno de se tomarem os direitos fundamentais como aspecto contingente num marco de valores ao giro em prol de uma concepção material do Estado de Direito, que ligou os poderes estatais a determinados princípios e valores superiores do Direito.

Agora, a Constituição não se adstringe a estabelecer limites à formação da vontade estatal, mas “se converte na positivação jurídica dos ‘valores fundamentais’ da ordem da vida em comum”.<sup>192</sup> Böckenförde recrimina o fenômeno concomitante da desvalorização das garantias e dos procedimentos formais, até porque, como alerta, “a supressão da liberdade nos regimes totalitários nunca começa com um respeito escrupuloso das garantias formais e dos procedimentos, mas, antes, com a quebra destes, em nome de um direito material e pré-positivo superior”.<sup>193</sup>

O autor acena com os perigos de um totalitarismo constitucional, decorrente da pretensão de interferência da Constituição em todos os setores da vida social, efeito colateral da compreensão da Constituição como positivação dos valores máximos da sociedade. Incorre-se, diz ele, no risco de uma “socialização da liberdade e da autonomia individuais”, que se vêem subjugadas pelo “domínio dos que exercem o

---

<sup>191</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Escritos*, ob. cit., pp. 59-60.

<sup>192</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madri: Trotta, 2000, p. 40.

<sup>193</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Estudios...*, p. 42.

monopólio da interpretação dos postulados ou valores”.<sup>194</sup> A Constituição deixa de servir, então, à liberdade, já que “não mais [a] garante de uma forma incondicionada por meio de um delimitação jurídico-formal, senão que apenas [garante a liberdade] que se amolde ao sistema de valores reconhecido”.<sup>195</sup>

A Constituição materializada atrai a atividade de concretização, que é “mais atribuição do que aclaração de sentido”.<sup>196</sup> O Estado social, então, propicia que tanto o legislador como a jurisdição constitucional concretizem a Constituição, construindo-a. Ocorre que, “nessa relação de concorrência, o legislador tem a preferência, mas o Tribunal Constitucional tem a supremacia”, e, dado o *status* superior dos direitos fundamentais, a vontade do Tribunal construída como sentido do direito fundamental, acaba por vincular o próprio legislador. Opera-se, portanto, “um câmbio na ordenação dos poderes e uma troca do centro de gravidade entre eles. Produz-se um trânsito escorregadio do Estado legislativo parlamentar para o Estado jurisdicional da justiça constitucional”.<sup>197</sup> Dado o grau de indeterminação das normas constitucionais no Estado social, ao fixar o alcance desses preceitos, “o Tribunal Constituição se converte no senhor da Constituição”.<sup>198</sup>

Böckenförde não encontra solução ideal para o dilema que a materialização da Constituição, incutida pelo Estado social, trouxe para o quadro tradicional de separação de poderes. Tampouco divisa, no âmbito do Estado social, fórmula para a recuperação da força normativa dos direitos fundamentais. Não entrevê outra alternativa que a restauração da compreensão liberal dos direitos fundamentais típica

---

<sup>194</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Estudios...*, pp. 42-43.

<sup>195</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Estudios...*, p. 41.

<sup>196</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Escritos...*, p. 127.

<sup>197</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Escritos...*, p. 130.

<sup>198</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Escritos...*, p.137.

do Estado de Direito, em que os direitos fundamentais afiguram-se como liberdades subjetivas em face do Estado e, não, princípios objetivos, expansíveis a todos os domínios da vida social.<sup>199</sup>

### **A crítica de Schlink, de Habermas e de Ely**

A angústia de Böckenförde em não avistar conciliação possível dos princípios típicos do Estado liberal de Direito com as características do Estado social é vencida por Habermas com o argumento de que “os princípios do Estado de Direito não podem ser confundidos com *uma* das suas interpretações históricas, ligada a determinado contexto”<sup>200</sup>

Habermas conecta o paradigma liberal do Direito a “uma determinada situação histórica, mediada por uma teoria da sociedade, na qual a burguesia liberal procura obter clareza, a partir de uma situação de interesses, sobre o modo como os princípios do Estado de Direito poderiam ser realizados”<sup>201</sup>.

Os tempos novos desafiam novas respostas. Habermas admite que a ordem jurídica que se justifica por princípios depende de interpretação construtiva, necessitando de uma justificação externa.<sup>202</sup> Concorda com Böckenförde, entretanto, na repulsa a que essa interpretação ocorra sob o marco de uma ponderação de valores.

Habermas alinha-se com a crítica que rejeita a assimilação de normas (ou

---

<sup>199</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, nos Escritos..., ob. cit., p. 80, afirma que “no marco de um ordenamento constitucional democrático e fundado no princípio do Estado de Direito, os direitos fundamentais sociais não podem ter o caráter de direitos fundamentais em sentido estrito”.

<sup>200</sup> Jürgen Habermas. Direito e Democracia – entre facticidade e validade (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 310 (ênfase no original).

<sup>201</sup> Id. *ibidem*.

princípios normativos) a valores. Assinala que as normas possuem sentido deontológico e os valores, teleológico. As normas têm o sentido de obrigação indeclinável, enquanto os valores expressam referência de agir teleológico. “Normas – argumenta – surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas. (...) Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência (...); por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor”.<sup>203</sup> Norma e valor não podem ser aplicados, portanto, da mesma maneira.

Habermas prossegue, aduzindo que, “enquanto normas do direito, os direitos fundamentais são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo o modelo de bens atraentes”.<sup>204</sup> Concorda, afinal, e explicitamente, com Böckenförde, em que a *jurisprudência de valores* suscita problemas de legitimidade, porquanto “implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente”.<sup>205</sup> Ao problema de legitimação acrescenta o reparo da falta de racionalidade no processo de ponderação de valores e refere o dano da perda de efetividade dos direitos fundamentais.

Habermas ressalta que converter os direitos individuais em valores significa degradá-los, desnaturando-lhes a índole jurídica. Os direitos fundamentais, uma vez que ostentam sentido deontológico, não podem depender, para que tenham valia, de análise de custos e vantagens. As normas jusfundamentais são dotadas de “uma especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral”. Já os valores “têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores”, num processo que não é guiado por parâmetros estritamente racionais. A “avaliação – impugna Habermas –

---

<sup>202</sup> Jürgen Habermas. *Direito e Democracia*... ob. cit., pp. 313-314.

<sup>203</sup> Id., p. 316.

<sup>204</sup> Id., p. 318.

realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários”<sup>206</sup>. Arremata, criticando o Tribunal Constitucional por adotar a doutrina da ordem de valores nas suas decisões, dizendo que, com isso, “cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos”<sup>207</sup>.

Habermas não desconhece a sedução que a teoria dos valores exerce como instrumento para a solução de conflitos entre os direitos fundamentais e outras prescrições jurídicas. Recusa, entretanto, que seja necessário o recurso à ponderação de valores tampouco nesse caso. Na trilha do que propugna Klaus Günther<sup>208</sup>, indica o caminho da busca da *norma adequada*, tarefa que — resume — “consiste em encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes”<sup>209</sup>.

Assim, nos casos em que há, a uma primeira vista, mais de uma norma prevendo conseqüências para a situação considerada, não seria devido estabelecer uma gradação da efetividade de cada princípio à vista das peculiaridades do caso contemplado, mas haveria de se encontrar, entre as normas candidatas à aplicação, a que melhor se ajusta às circunstâncias dadas. O método asseguraria a validade e o sentido deontológico dos direitos fundamentais e favoreceria a coerência do sistema

---

<sup>205</sup> Id., p. 320.

<sup>206</sup> Id., p. 321.

<sup>207</sup> Id. p. 322.

<sup>208</sup> Klaus Günther. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação. (trad. Cláudio Molz). São Paulo: Landy, 2004, em especial a 3ª parte, pp. 299-358. O cerne dessas idéias pode ser encontrado, igualmente, em artigo do mesmo autor, “Um concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica” Doxa, Madri, vols. 17-18, pp. 271-302.

<sup>209</sup> Jürgen Habermas. Direito e Democracia... ob. cit., p. 322.

jurídico. Essa coerência, para Habermas, está em que “todas as normas se ajuntem num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta”.<sup>210</sup>

A crítica de Habermas ao método empregado pelo Tribunal Constitucional alemão para lidar com direitos fundamentais impugna, na verdade, apenas o terceiro subprincípio do princípio da proporcionalidade, de que se vale a Corte.

O princípio da proporcionalidade cobra que a intervenção sobre o direito fundamental vença subtestes, que buscam aferir a racionalidade e a validade do ato. O princípio da proporcionalidade se desdobra no teste da adequação, pelo qual se examina se a medida de intervenção está apta para atingir a finalidade a que se destina, no teste da necessidade, pelo qual se apura a existência de outro meio menos opressivo, capaz de render semelhante resultado, e no teste da proporcionalidade em sentido estrito. Este último se dá pelo sopesamento de vantagens e desvantagens tanto para o titular do direito afetado como para o beneficiado pela medida que se pretende impor. É neste teste que a teoria da ponderação encontra a sua sede propícia, já que este teste consiste, exatamente, em aferir, num balanço de valores, os interesses e bens conflitantes.

A censura de Habermas, em última análise, recai sobre esta última atividade, já que tanto o teste da adequação como o da necessidade possuem contornos empíricos e se acomodam ao propósito, ínsito ao método desejado por Habermas e Günther, da busca da norma adequada, a partir da atenção a todas as circunstâncias relevantes do caso.

Nessa medida, a crítica de Habermas coincide com a de Bernard Schlink. O professor de Berlim admite que a evolução na compreensão dos direitos fundamentais

---

<sup>210</sup> Id, p. 323. O tema da única solução correta será retomado no capítulo 4 desta tese.

como princípios desempenhou relevante papel crítico e de evolução jurídica. A evolução consistiu na descoberta de nova função para os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais deixaram, a partir da decisão do caso Lüth, de significar simples pretensões de particulares dirigidas ao Estado, para também funcionar como princípios (ou valores) e, nesse contexto, oferecer novas dimensões de confronto com o legislador.

“Quando a luta política – sustenta Schlink – contra uma proposta de lei se vê perdida, e o oponente político consegue transformá-la em lei, a concepção dos direitos fundamentais como princípios abre uma nova rodada de batalha – a batalha jurídica perante a Corte Constitucional”.<sup>211</sup>

O autor aponta, ainda, que a compreensão dos direitos fundamentais como princípios predispõe a mudanças jurídicas, enquanto que a visão que os restringe a direitos subjetivos opera para assegurar o *status quo*.<sup>212</sup>

Sob o enfoque de mandados de otimização (princípios objetivos), os direitos fundamentais constituem “máximas de acordo com as quais se ordenam as relações sociais bem como as relações entre o Estado e a sociedade”, distinguindo-se, assim, da visão dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, que os assimila a determinação para que o indivíduo seja “respeitado pelo Estado no que tange às suas liberdades individuais, ao seu direito de participar, como cidadão, das ações dos poderes públicos e de ser considerado quando da distribuição de posição, meios e oportunidades”<sup>213</sup>.

Schlink mostra que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais descortinou

---

<sup>211</sup> Bernard Schlink. “German constitutional culture in transition”. Cardozo Law Review, n. 14, 1992-1993, pp. 723-724.

<sup>212</sup> Id., pp. 724-725.

importante renovação de perspectivas jurídicas na Alemanha.

Examinando acórdãos marcantes desde o caso Lüth, Schlink retrata essa evolução.

Com o caso Lüth, assentou-se que os direitos fundamentais também poderiam ter relevância nas relações de direito privado, entre particulares.

Com o caso Hochschul-Urteil<sup>214</sup>, lembra que a Corte estendeu a relevância dos direitos fundamentais (no caso, a liberdade acadêmica) para hipóteses até aí inexploradas, tornando exigíveis procedimentos oficiais e interferindo sobre o desenho institucional da própria estrutura do Estado.<sup>215</sup>

Ao decidir o primeiro caso do aborto, em 1975, a Corte revelou que os direitos fundamentais, por serem princípios objetivos, não somente impediam que o Estado afetasse os bens juridicamente tutelados pelas normas jusfundamentais, como, ainda, imprimiam aos poderes públicos um dever de tomar parte ativa na proteção desses bens contra interferência de terceiros, chegando a inferir do direito fundamental à vida um dever de punir.<sup>216</sup>

Na decisão *numerus clausus I*, o Tribunal reconheceu que os direitos fundamentais, em face da sua natureza de princípios objetivos, ensejariam, a par da proteção do indivíduo em face de intervenções estatais, a cobrança de prestações de serviços pelos Poderes Públicos, ao menos no que tange à “igual distribuição de meios

---

<sup>213</sup> Todas as citações deste parágrafo em Schlink, “German...” ob. cit., p. 713.

<sup>214</sup> BverfG 33, 79. Nesse caso, o Tribunal Constitucional decidiu que os professores deveriam ter pelo menos 50% dos votos em todos os órgãos de direção da universidade; em questão relativas a investigação, a representatividade deveria ser superior a 50%.

<sup>215</sup> Bernard Schlink. “German Constitutional...”, ob. cit., p. 719.

<sup>216</sup> Id., p. 720.

já disponíveis”.<sup>217</sup>

Não obstante essa evolução ensejada pela doutrina dos direitos fundamentais como princípios objetivos, Schlink a aprecia negativamente. A doutrina teria exposto os direitos fundamentais a interpretações descontroladas e ao subjetivismo do julgador, além de haver elasticado de forma desmedida, a competência da Corte Constitucional.

Para Schlink, a adoção do enfoque principiológico constituiu “uma perda”, já que a determinação do conteúdo e da extensão de um direito fundamental tornou-se “impossível, metodologicamente, de ser prognosticada, somente podendo ser adivinhada pelo conhecimento das tendências jurisprudenciais, da personalidade e sensibilidades dos juízes e da atmosfera política dentro e sobre a Corte [Constitucional]”<sup>218</sup>.

Schilink entende que essa transformação dos direitos fundamentais, que ilustra caso de intenso ativismo judicial, foi viabilizada pelo desprestígio da classe política, em seguida à 2a Guerra Mundial, e, simultaneamente, por um crédito de esperança que se atribuiu à lei e ao novo Tribunal criado.<sup>219</sup> Não obstante, sustenta que a inclinação havida para a abordagem principiológica dos direitos fundamentais não era, e nem é, necessária. Advoga que os direitos fundamentais devem continuar a ser tratados como direitos subjetivos contra o Estado e que isso não impediria que os mesmos problemas resolvidos às custas da objetivação dos direitos fundamentais recebessem solução adequada. Admite, em ironia, que apenas uma das funções dos direitos fundamentais propiciadas pela sua transformação em princípios deixaria de

---

<sup>217</sup> Id., p. 721. A Corte, segundo Schlink, não estende essa obrigação de prestar a casos em que a decisão possa abalar o equilíbrio orçamentário do Estado.

<sup>218</sup> Id., p. 727.

prosperar, aquela que “permite a reconstrução de *todo* problema político e social como um problema de direitos fundamentais”.<sup>220</sup>

Na realidade, Schlink não opõe resistência ao princípio da proporcionalidade em toda a sua extensão. Para ele, o problema se concentra no terceiro elemento do princípio—aquele da proporcionalidade em sentido estrito—e, por isso, propõe um “pensamento pela categoria da intervenção e do limite interventivo”<sup>221</sup>, segundo o qual a função dos direitos fundamentais cingir-se-ia, de um lado, a “defender os âmbitos de liberdade protegidos por estes mesmos direitos fundamentais contra intervenções estatais e, por outro, a impor medidas e parâmetros ao Estado, quando este define limites ao uso da liberdade do cidadão”. O Estado pode, então, intervir nos direitos fundamentais dos cidadãos, desde que essa intervenção seja adequada e necessária para alcançar uma finalidade legítima. Os direitos fundamentais funcionariam como proibições para a busca de determinadas finalidades por parte do Poder Público. Admoesta, de todo modo, que “os direitos fundamentais não impedem, ordinariamente, determinados propósitos e meios de forma categórica, mas sim num contexto sistemático”.<sup>222</sup>

Por essa visão, ficaria excluída do exame do juiz constitucional a ponderação entre bens individuais e coletivos, entre liberdade do indivíduo e finalidades do Estado. Essas decisões polêmicas, ainda que muitas vezes necessárias, ficariam transferidas do campo do direito para o da política, já que insuscetíveis de serem enfrentadas pela metodologia jurídica e, portanto, de serem juridicamente controladas.

---

<sup>219</sup> Id., p. 725.

<sup>220</sup> Id., p. 729.

<sup>221</sup> Bernard Schlink. “Liberdade mediante resistência estatal – reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais”. tradução inédita de Leonardo Martins. Artigo publicado originalmente, em alemão, na *Europäische Grundrecht-Zeitschrift* 1984, pp. 457-468).

Com base, entretanto, na adequação e necessidade, empiricamente aferíveis, “o exame é racionalmente controlável e, do ponto de vista dogmático, generalizável”.<sup>223</sup>

Neste passo, Schlink encontra-se com a crítica de Habermas e Günther. Quando estes falam em juízo de aplicação da norma, como a demandar um exame de todas as características de uma situação em relação a todas as normas que poderiam alternativamente ser a ela aplicadas, excluem, na realidade, não o exame da adequação ou o da necessidade, mas o da proporcionalidade em sentido estrito, em que o sopesamento ocorre.

Os três autores assinalam *problemas de legitimidade* para que a Corte realize essa ponderação, justamente por não encontrarem um critério racional sob o qual tal exercício se realize.

Habermas, porém, vai além. A sua teoria, ao justificar e explicar o controle de constitucionalidade, fornece critério com mais requinte sobre o padrão a ser aí empregado, ultrapassando os limites da mera análise da adequação e da necessidade dos atos submetidos a controle.

O ponto fulcral para uma decisão legítima, em Habermas, está no seu ajuste às exigências de um discurso livre para todos. Daí, dizer que:

“O *processo democrático* carrega o fardo da legitimação. Pois tem que assegurar simultaneamente a autonomia privada e pública dos sujeitos de direito; e para formular adequadamente os direitos privados subjetivos ou para impô-los politicamente, é necessário que os afetados tenham esclarecido antes, em discussões públicas, os pontos de vista relevantes para o tratamento igual ou não-igual de

---

<sup>222</sup> Id. *ibidem*.

<sup>223</sup> Id. *ibidem*.

casos típicos e tenham mobilizado o poder comunicativo para a consideração de suas necessidades interpretadas de modo novo”.<sup>224</sup>

Numa compreensão procedimentalista do Direito, sustenta que “os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade são a única fonte de legitimação”<sup>225</sup>. Esta seria a única fonte pós-metafísica da legitimidade.

Tal afirmação deixa-se conhecer à luz do conceito-chave, em Habermas, de agir comunicativo, que significa comunicação interpessoal, orientada para um entendimento mútuo, na qual os participantes são tratados como pessoas genuínas e, não, objeto de manipulação. Nessa ação comunicativa, ademais, os atores não buscam primariamente o próprio êxito, mas a harmonia de planos com os demais participantes do debate.<sup>226</sup>

O processo livre de formação da vontade pelos cidadãos é, portanto, crucial — o que, entretanto, não subtrai importância à Constituição, como fator de institucionalização de procedimentos e condições de comunicação.

O processo de comunicação – e isso é de especial relevo – não se esgota no parlamento, mas opera num *alto nível de intersubjetividade*, “que flui através tanto do parlamento como das redes informais da esfera pública”.<sup>227</sup> Assim, as decisões não se despregam da sua origem no seio não institucionalizado da sociedade, o espaço público não-governamental. Diz Habermas:

---

<sup>224</sup> Habermas. Direito e..., ob. cit., t. II, p. 310.

<sup>225</sup> Id. *ibidem*.

<sup>226</sup> Esta síntese é colhida em Rauno Huttunen e Hannu Heikkinen. “Between Facts and Normas: action research in the light of Jürgen Habermas’s theory of communicative action and discourse of Justice”. Curriculum Studies, vol. 6, n. 3, 1998, p. 311. Os autores se escoram aqui, em passagens às páginas 285 e 333 de The theory of communication action, vol. 1. Londres: Heinemann, 1984.

“O espaço informal de formação de opinião gera *influência*; a influência é transformada em *poder comunicativo* por meio dos canais de eleições políticas; e o poder comunicativo é de novo transformado em poder administrativo, por meio da legislação. (...) [Desse modo], a sociedade civil providencia a base social das esferas públicas autônomas, que permanecem distintas tanto do sistema econômico como da Administração”.<sup>228</sup>

Daí Habermas afirmar que “a imagem da democracia para a teoria do discurso corresponde à imagem de uma sociedade descentralizada”<sup>229</sup>.

Uma deliberação será legítima se os cidadãos estiverem aptos para se reconhecerem como seus autores e destinatários. Isso não acontece numa imensa e irrealista ágora, mas sob uma democracia constitucionalmente estruturada, em que cinco categorias de direitos devem ser assegurados a todos para que se possa legitimamente regular as interações entre os cidadãos pelo meio da lei.

Os indivíduos reconhecidos como iguais e livres devem assegurar a cada qual (1) a maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação, o que supõe (2) igual *status* de membro na comunidade legal e (3) iguais direitos de proteção legal e de postulação judicial dos seus direitos.

Sem essas três categorias de direitos o assentimento a uma ordem constitucional poderia não se basear numa sua aceitação racional e livre, mas resultar de distorções provocadas por vícios como a coerção física e a fraude.

Garantidas essas condições de sujeitos livres, os indivíduos passariam ao papel de autores da ordem jurídica, por meio de (4) iguais direitos de participação no processo da formação da opinião e da vontade políticas. Desse modo, exercitam a

---

<sup>227</sup> Habermas. “Three Normative Models of Democracy”. *Constellations*. Oxford: Blackwell Publishers, vol. 1, 1994, p. 8.

<sup>228</sup> Id. *ibidem*.

autonomia política e criam direito legítimo. Esses direitos seriam meramente formais, se não forem assegurados “direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”<sup>230</sup>.

Extraí-se que a soberania popular pressupõe liberdades e garantias constitucionais, porque, de outra forma, restam violadas as condições de legitimação democrática pelo discurso livre.

Compreende-se que Habermas não tolere a ponderação envolvendo esses direitos essenciais, que, a seu ver, devem ser contemplados como ostentando definitivo caráter deontológico.

Na arquitetura ideada por Habermas não cabe ao Judiciário estabelecer os direitos a igualdade e à autonomia privada. O cerne desses direitos deve ser definido sem prescindir da participação dos cidadãos. O que incumbe ao Judiciário é a proteção das condições para que estes direitos sejam densificados, especificados e definidos na sua extensão pelos cidadãos, valendo-se estes dos seus direitos de participação política. Nesse sentido, Habermas sustenta:

“A justificativa da existência do Estado não reside primariamente na proteção de direitos subjetivos iguais, e sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, dentro do qual civis livres e iguais se entendem sobre quais normas e fins estão no interesse comum de todos”<sup>231</sup>.

Se o juiz constitucional fosse além disso, haveria o risco do paternalismo judicial, substituindo-se a concepção ética formada pelo agir comunicativo pela

---

<sup>229</sup> Habermas. “Three normative...”, ob. cit., p. 9.

<sup>230</sup> Habermas. Direito e Democracia..., ob. cit., vol. I, p. 160.

<sup>231</sup> Habermas. Direito e Democracia..., ob. cit., vol. I, p. 335.

identidade ética que o Juiz atribui à sociedade. Como a compreensão procedimentalista da Constituição torna desnecessário o recurso a ideais morais ou políticos substantivos, além daqueles já contidos na norma, o risco do paternalismo fica excluído. Retorna-se, afinal, à distinção entre juízos de adequação e de justificação. No quadro traçado, o juiz constitucional não necessita realizar juízo de justificação dos preceitos com que se defronta, mas apenas juízos de aplicação dos conteúdos preestabelecidos nos preceitos constitucionais. Não cabe à Corte engendrar uma hierarquia substantiva de valores que não se encontra na Constituição. Por isso, a advertência de que, se o tribunal se deixa levar “pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, transforma-se numa instância autoritária”.<sup>232</sup>

Em outra página, Habermas retoma o argumento, sustentando que a sua teoria do discurso salva a política deliberativa do estado de exceção, por isso que “o tribunal constitucional que se deixa conduzir por uma compreensão constitucional procedimental não precisa deixar a descoberto seu crédito de legitimação, podendo movimentar-se no interior das competências da aplicação do direito - claramente determinadas na lógica da argumentação”.<sup>233</sup>

Afinal, a função do tribunal constitucional não seria a de ponderar valores, assunto a ser levado a cabo por meio de discurso de legitimação, sujeito ao poder comunicativo.<sup>234</sup> Ao tribunal caberia, antes, assegurar a correção procedimental e a abertura efetiva do processo democrático, ainda que isso se desenvolvesse

---

<sup>232</sup> Habermas. Direito e Democracia..., ob. cit., vol. I, p. 321.

<sup>233</sup> Habermas. Direito e Democracia..., ob. cit., vol. I, pp. 345-346.

<sup>234</sup> Nesse sentido, também, Habermas sustenta que “de acordo com o princípio do discurso, poderiam pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais” (Direito e Democracia..., ob. cit., vol. I, p. 164).

necessariamente pela tutela dos canais de mudança política, dos direitos civis, políticos e sociais dos indivíduos e pela manutenção das esferas públicas civis e políticas livres de obstruções e distorções provocadas por coerções administrativas, econômicas e sociais. Em suma, enquanto a Constituição positiva o Estado de Direito, a jurisdição constitucional o assegura.

Habermas insiste em que, “perante o legislador político, o tribunal não pode arrogar-se o papel de crítico da ideologia; ele está exposto à mesma suspeita de ideologia e não pode pretender nenhum lugar neutro fora do processo político”<sup>235</sup>. Recusa, assim, o argumento de que os juristas, porque supostamente distanciados da política, atuam sob o signo de uma racionalidade superior à do legislador. Volta à diferença entre discurso de aplicação e discurso de justificação para rejeitar que o Judiciário possa sobrepor-se ao Legislativo, o que redundaria em paternalismo:

“Os discursos jurídicos podem pretender para si mesmos uma elevada suposição de racionalidade, porque discursos de aplicação são especializados em questões de aplicação de normas, sendo por isso institucionalizados no quadro da clássica distribuição de papéis entre partidos e um terceiro imparcial. Pela mesma razão, porém, eles não podem substituir discursos políticos, que são talhados para a fundamentação de normas e determinações de objetivos, exigindo a inclusão de todos os atingidos”<sup>236</sup>.

Enfim, a partir da sua concepção de agir comunicativo como fundamento de validade das deliberações políticas, Habermas soma à crítica da falta de racionalidade no processo de ponderação por parte dos juizes constitucionais o argumento de que a ponderação pelo tribunal constitucional seria, ainda, ilegítima, por escapar do papel que se reserva à Corte no interior de uma sociedade democrática, assentada na definição de direitos pelos próprios cidadãos, tidos, assim, como destinatários e

---

<sup>235</sup> Habermas. Direito e Democracia..., ob. cit., vol. I, p. 343.

autores das normas postas.

A preocupação que anima os estudos de Habermas é partilhada, ainda que sob aspectos diferentes, por outros teóricos da democracia deliberativa.

Deve ser ressaltado que a teoria democrática tem assumido marcado cunho deliberativo nas últimas duas décadas, propondo meios para o aperfeiçoamento do sistema político e engendrando parâmetros para a crítica das instituições. Tem-se afastado da ênfase, de coloração liberal, sobre o processo de competição de interesses preestabelecidos na arena política, para, em contraste, realçar prioritariamente o processo comunicativo de formação de opinião e da vontade política que antecede a deliberação pública. A ordem legítima é, sob esse ângulo, a que logra justificar-se perante todos os que a compõem, o que traslada do consenso para a justificação pública o critério aferidor da legitimidade.

A importância da formação do consenso não é negada, mas cede eminência para o processo de prestar contas – vale dizer, para a atividade de articular explicações e justificações das deliberações públicas.<sup>237</sup>

Em suma, a teoria da democracia deliberativa pretende um novo travejamento para o problema da compatibilidade do constitucionalismo com a soberania popular – assunto central para o tema da ponderação de valores na jurisdição constitucional.

A configuração descentralizada da democracia que preconiza motiva o inquérito sobre como as instituições representativas escutam e reagem às vozes difundidas na sociedade civil. Ao privilegiar o exame da qualidade dos debates que precedem as deliberações, os teóricos têm em vista, na síntese de Simone Chambers,

---

<sup>236</sup> Habermas. Direito e Democracia..., ob. cit., vol. I, pp. 329-330.

<sup>237</sup> Veja-se a propósito, Simone Chambers. “Deliberative Democratic Theory”. Annual Reviews of Political Science. vol. 6, 2003, 307-326, em especial à p. 308.

“aumentar a legitimidade por meio da responsabilidade política (*accountability*) e da participação; encorajar visão dominada pelo espírito público por meio da cooperação, no que tange à agenda política; promover respeito mútuo entre as partes, por intermédio de processos de inclusão e melhorar a qualidade das decisões (e opiniões) por meio de debates informados e substanciais”.<sup>238</sup> Desse modo, a participação dos interessados se dá desde os primeiros estádios de formação das deliberações, devendo recuar, portanto, aos procedimentos de pesquisa e de apuração de elementos relevantes para as decisões.

Aplicadas essas noções ao processo nas cortes constitucionais, revisões de perspectivas podem ser sugeridas. Já foram repassadas as reflexões de Habermas. No direito americano, outras soluções foram igualmente aventadas, sob o signo deliberativista, para o desafio de conciliar o princípio da soberania popular com os intuitos do constitucionalismo. Convém, pela sua repercussão, conhecer a contribuição de John Ely, um desses influentes teóricos nesse debate.

John Hart Ely arquiteta, partindo do suposto de que as decisões políticas haveriam de ser tomadas em foros deliberativos por representantes do povo, solução drástica. Para ele, caberia aos tribunais, que não são compostos por integrantes eleitos e responsáveis politicamente, um controle de constitucionalidade restrito a garantir o correto funcionamento dos mecanismos democráticos de formação da vontade. O juiz constitucional não deveria jamais resolver questões morais nem muito menos realizar ponderações valorativas em matéria de direito substantivo – até para não incidir num *paternalismo judicial*, consistente em “um órgão que não é eleito, e nem é de outra forma significativa responsável politicamente, dizer aos representantes eleitos do

---

<sup>238</sup> Simone Chambers. “Deliberative...”, ob. cit., p. 316.

povo que eles não podem governar como lhes parece melhor”.<sup>239</sup>

Não passa despercebido a Ely que a Constituição está composta de normas abertas, a atrair decisões políticas que não se revelam inelutáveis da só leitura dos preceitos da Lei Maior. Propugnando uma teoria de jurisdição constitucional puramente procedimental, recusa, contudo, aos tribunais competência democrática para impor qualquer dos possíveis valores que podem ser derivados das normas constitucionais. A densificação dos direitos seria tarefa exclusiva de órgãos de representação política, por meio do processo legislativo. Ao juiz constitucional caberia tão-somente prover para que o processo legislativo, que resultará na decisão sobre valores, seja justo e aberto a todos os interessados do “mercado político”. O papel da jurisdição constitucional haveria de ser o de propiciar participação dos interessados no processo político e o de reforçar a representação popular.<sup>240</sup>

A teoria que Ely apresenta visa a assegurar “o funcionamento de um processo democrático efetivo e aberto”<sup>241</sup>. Por isso, a jurisdição constitucional tem por finalidade, que a guia e a justifica, cuidar para que o processo legislativo seja aberto a todos os pontos de vista em bases tão iguais quanto possível. Cabe, ainda, ao controle de constitucionalidade ordenar-se para coarctar procedimentos que sistematicamente põem em desvantagem os desprivilegiados.<sup>242</sup> O juiz constitucional seria o ator adequado para essa missão, na medida em que atuaria como árbitro *imparcial* entre o cidadão e os seus representantes, tudo para assegurar as regras do jogo de deliberação democrática (tomada por Ely no sentido agregativo, lockiano, de negociação entre

---

<sup>239</sup> John Ely. Democracy and Distrust- a theory of judicial review. Cambridge, Mass.: Havard University Press, 1980, pp. 4-5.

<sup>240</sup> Ely é a favor, nas suas próprias palavras, de um “participation-oriented, representation-reinforcing approach to judicial review”. Democracy and ..., ob. cit., p. 87.

<sup>241</sup> Ely. Democracy and..., ob. cit., p. 105.

grupos que tentam impor, em máxima medida, os seus próprios interesses). Compreende-se, assim, o expressivo liame que Ely estabelece entre o juiz constitucional e as agências de fiscalização da economia de mercado:

“O método recomendado de jurisdição constitucional é mais próximo daquele que pode ser denominado de ‘anti-truste’, em oposição a uma orientação regulatória de assuntos econômicos. Em vez de ditar resultados substantivos, a jurisdição constitucional intervém apenas quando o ‘mercado’, no nosso caso, o mercado político, está funcionando mal sistematicamente”.<sup>243</sup>

O autor prossegue, apontando que o malfuncionamento ocorre quando os que estão no poder obstruem políticas de mudança apenas para continuarem no poder e quando as maiorias sistematicamente colocam as minorias em situação de desvantagem em termos de proteção jurídica, por motivos de hostilidade ou de preconceito.<sup>244</sup>

As objeções ao método propugnado por Ely são muito difundidas, centrando-se na circunstância de que as garantias de participação dos interessados no processo democrático não se esgotam em direitos de carácter meramente procedimentais, abrangendo, igualmente, direitos substantivos, dispostos na Constituição, exigindo uma postura do intérprete sobre como interpretá-los. A teoria de Ely não fornece nenhum socorro metodológico para esse problema, que não se resolve, decerto, com a mera atitude passiva do juiz constitucional diante de qualquer decisão de direito substancial adotada pelo Legislador. A teoria possui o mérito de reconhecer que o juiz constitucional seria o mais indicado, justamente por ser o ator imparcial, para resolver controvérsias entre operadores políticos sobre as regras que regem a cooperação entre

---

<sup>242</sup> A propósito. Ely. *Democracy and...*, ob. cit., p. 74.

<sup>243</sup> Ely. *Democracy and...*, ob. cit., p. 103.

eles<sup>245</sup>. A ênfase na virtude da independência do magistrado com relação a pressões eleitorais, mostra que tornar eletivos os cargos de juiz constitucional não seria solução para o problema.<sup>246</sup>

Anote-se que entre os adeptos da democracia deliberativa há os que admitem a ponderação de valores pelo juiz constitucional, ainda que proponham salvaguardas contra a cumulação de demasiados poderes pelas cortes.<sup>247</sup>

### **Outras críticas no âmbito norte-americano**

Entre os norte-americanos, a crítica à ponderação (*balancing*) sobe de ponto, uma vez que, como salientado, nem sequer o controle de constitucionalidade está previsto expressamente no texto constitucional, o que suscita debates que engolfam a própria legitimidade desse exercício pelo Judiciário. A percepção de que a interpretação de dispositivos constitucionais de contornos fluidos envolve julgamento político aumenta o ônus de justificação dos que sustentam a posição constitucionalista e, por iguais razões, o ônus de quem acolhe a possibilidade de, nas cortes, se

---

<sup>244</sup> Id. *ibidem*.

<sup>245</sup> Ely, aqui, se aproxima de Kelsen, conforme se nota do debate sobre o guardião da Constituição, exposto no capítulo anterior.

<sup>246</sup> Outra crítica ao argumento de Ely leva em conta o problema da discriminação contra as mulheres. Para a teoria de Ely, o problema não suscitaria a competência da justiça constitucional, uma vez que as mulheres tipicamente são a maioria da população – não podendo ser consideradas minorias isoladas e sem poder de expressão. Daí que elas são tidas como suficientemente aptas para prosseguir os seus interesses no processo político normal, sem necessitar da proteção a que a Justiça constitucional serve, no entender do autor. A propósito, veja-se Ely. *Democracy...*, ob. cit., pp. 164-170. Veja-se também David Beatty. *The Ultimate Rule of Law*. Nova York: Oxford University Press, 2005, p. 173.

<sup>247</sup> Estes argumentos serão objeto de atenção no próximo capítulo, em que se expõem as teses dos partidários da ponderação. A propósito, Christopher Zurn. “Deliberative Democracy and Constitutional Review”. *Law and Philosophy*. Londres: Kluwer, n. 21, 2002, pp. 467-542.

realizarem ponderações valorativas.<sup>248</sup>

Isso não obstante, o juízo de ponderação ingressou no sistema americano sem maior suporte argumentativo. Paulatinamente, foi-se assumindo que identificar as considerações e interesses que competem entre si para prevalecer no julgado, atribuir-lhes valor de acordo com as respectivas importâncias e colocá-los numa balança, com vistas a estabelecer qual deles sobrepuja o outro, é o método natural de tomar decisões - quaisquer que sejam. Seria a única forma alternativa ao trato de questões jurídicas segundo conceitos absolutos.<sup>249</sup>

Um dado interessante no exame do trato da matéria pelos norte-americanos é o fato de os conflitos examinados se reconduzirem, no mais das vezes, a um atrito entre interesse individual e interesse coletivo atuado pelo Estado (como o interesse do bom funcionamento da máquina governamental, proteção da vida dos policiais, maximização da relação benefício/custo nas atividades dos poderes públicos, segurança nacional e punição de criminosos).<sup>250</sup>

Aleinikoff relata que os primeiros casos em que a Suprema Corte empregou, por voto majoritário, o método da ponderação para interpretar a Constituição datam de fins da década de 1930 e início dos anos 1940. Antes, as disputas constitucionais eram resolvidas segundo o *modo categórico*, tido pela doutrina como o oposto do *modo da*

---

<sup>248</sup> A propósito, Stephen Griffin. American Constitutionalism. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 123.

<sup>249</sup> A propósito, Iddo Porat. Balancing in constitutional law: a suggested analytical framework applied to American Constitutional Law. Tese de doutorado, Stanford University, 2003, especialmente pp. 1-6.

<sup>250</sup> Compreende-se que seja assim, levando-se em conta que não se admite nos Estados Unidos, como regra, a incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares, não obstante, também ali se proceder à ponderação, mesmo em relações em que o Estado não aparece como ator imediato – em casos como os de colisão entre direito individual à honra e a liberdade de imprensa. Alexander Aleinikoff (“Constitutional Law in the age of balancing”. Yale Law Journal, n. 96, 1986-1987, p. 947) exemplifica a assertiva citando o caso pouco

*ponderação*.<sup>251</sup>

O modo categórico prende-se à concepção das normas constitucionais como *regras* (em oposição a *princípios*). Por esse método, incumbe ao aplicador definir as linhas demarcatórias do conteúdo dos direitos para, em seguida, classificar situações de fato como apanhadas, ou não, pela regra. O esforço argumentativo se concentra em caracterizar os fatos como ajustados, ou não, à categoria jurídica relevante.

Já o modo da ponderação, na linha da doutrina americana, liga-se à compreensão das normas como princípios. Kathleen Sullivan descreve o que tem como típico raciocínio de ponderação:

“Há um direito ou um preceito, uma argüida infração deles pelo governo e um argumento de interesse público que justificaria a interferência. A ponderação toma em apreço os princípios subjacentes que afetam cada um desses componentes e apura quão importante é o direito, a magnitude da interferência sobre ele e a qualidade do argumento do governo para justificar a interferência”.<sup>252</sup>

Até o final da década de 1930, o método categórico era o único aplicado. A Suprema Corte não se ocupava de estabelecer diferenciações à base de graus de satisfação dos direitos, mas firmava distinções de tipo – apurando se havia ou não direito a ser protegido. Assim, no comentado caso *Lochner*<sup>253</sup>, não se efetuou uma ponderação entre interesses públicos e particulares, para se apurar a validade do

---

conhecido entre nós, *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749 (1985).

<sup>251</sup> A propósito, vide não apenas Aleinikoff (“Constitutional Law...”) ob. cit., p. 949, como também Porat (“Balancing...”, ob. cit., pp. 145 e ss.), e Kathleen Sullivan (“The Supreme Court 1991 term – foreword: the justices of rules and standards”. *Harvard Law Review*, n. 22, 1992-1993, pp. 57-69, em especial, pp. 59-61).

<sup>252</sup> Sullivan. “The Supreme...”, ob. cit., p. 60. Este trecho revela, ainda, a proximidade dos métodos de ponderação na Europa e nos Estados Unidos.

estatuto que limitava a jornada de trabalho dos padeiros em Nova York. O julgamento cingiu-se a investigar se a lei poderia ser tida como expressão do poder de polícia do Estado. É interessante notar que o acórdão se amparou no preceito do devido processo legal substantivo, a demonstrar que tal cláusula, se fundamenta inquirições sobre a legitimidade de interferências em direitos individuais, não pode ser confundida como instrumento próprio do juízo de ponderação.

Na realidade, foi para derrotar a jurisprudência que levava à crise entre Executivo e Judiciário, durante o New Deal, que, pela primeira vez, a Suprema Corte, pela maioria dos seus integrantes, empregou o juízo de ponderação. A calibragem de interesses confrontantes foi o método encontrado para ler a Constituição em sentido deferencial para com o legislador. Foi assim que se pôs fim ao primeiro período de ativismo judicial nos EUA, iniciado com o caso *Lochner*.

O juízo de balanço passou a enxergar a lei como um meio para um propósito, exigindo o escrutínio dos interesses sociais em jogo, quando se estivesse diante de um conflito constitucional. Desse modo, as mudanças no mundo real poderiam encontrar espelho na evolução da doutrina constitucional, permitindo flexibilidade sem compromisso da legitimidade formal das decisões cambiantes.

Todo um ambiente intelectual propiciava a guinada para a abordagem da ponderação. A filosofia do pragmatismo, com William James e John Dewey, reconhecendo limites à lógica e portando a mensagem de relativização da verdade, dava escora para a visão dinâmica, funcional e experimental do direito. No campo da ciência política, era ensinado que a lei e a política são o resultado de competição de interesses, enquanto o pensamento econômico se aprofundava na análise de custos e

---

<sup>253</sup> vide capítulo anterior – 198 U.S. 45 (1905). O exemplo é de Aleinikoff (“Constitutional

benefícios. A aceitação do método do balanço de interesses, com vistas a melhor atingir o fim social buscado pela norma, harmonizava-se, portanto, com o clima intelectual que se vivia.<sup>254</sup>

O método do balanço de interesses não assume coloração política imutável. Logo em seguida à reversão da era *Lochner*, o apelo à ponderação de interesses serviu como meio de autocontenção do Judiciário diante de opções valorativas formuladas pelo legislador e alicerçou a rejeição à idéia da preferência absoluta dos direitos sobre políticas governamentais. É dessa época o acórdão que recusou a inconstitucionalidade de lei que estabelecia moratória de hipotecas, para os afetados pela Grande Depressão. O Tribunal afirmou que havia de ser ponderado o direito de liberdade de contratar com o interesse do bem estar geral do público. Acentuou a necessidade de se estabelecer “um compromisso entre direitos individuais e o bem-estar público (...), de se usar de meios para assegurar a estrutura econômica da qual o bem de todos depende”. A lei, concluiu, era constitucional porque estabelecia um meio razoável para alcançar um interesse básico da comunidade. A Corte acrescentou que “saber se a lei é bem achada, ou não, é matéria de política”.<sup>255</sup> Se a lei apresentava-se minimamente razoável, não mereceria censura.

Mais adiante, a partir dos anos 1940, e até meados da década de 1950, a ponderação foi empregada para sujeitar as leis a um mais acendrado escrutínio de constitucionalidade, quando interferisse sobre certos direitos considerados mais sensíveis, como a liberdade de expressão e de religião. Para esses casos, a Corte passa a exigir que a interferência sobre o direito individual atenda a um interesse público

---

Law...”, ob. cit., p. 951).

<sup>254</sup> Cf. Aleinikoff, “Constitutional Law...”, ob. cit., pp. 956-962.

<sup>255</sup> 290 US 398, 442. Citado por Porat, “Balancing...”, ob. cit., p. 166.

peremptório (*compelling state interest*) e que a medida não ultrapasse os limites do estritamente necessário para atingir tal meta (*least restrictive means, narrowly drawn*).<sup>256</sup> Para essas hipóteses, não mais se toma a mera preferência legislativa como bastante para superar o direito fundamental. O método da ponderação deixa de ser simplesmente reverencioso para com o legislador, passando a privilegiar a proteção do direito individual. A Corte se torna ativista novamente.

A partir dos anos 1940, paulatinamente, o método do balanceamento domina a interpretação de todos os domínios do Direito Constitucional. Os resultados nem sempre – convém ressaltar – seguem linha liberal.

Em 1951, a Suprema Corte manteve, com base num raciocínio de ponderação de interesses, o indiciamento de líderes do Partido Comunista, no auge do período do macartismo.<sup>257</sup> A decisão não foi unânime. A corrente vencida pretendia que o direito de liberdade de expressão repudiava o processo criminal, posição vencida pela concepção de que a liberdade em causa haveria de ser confrontada com os perigos para outros valores de alto relevo. O argumento que prevaleceu afirmava que, “em cada caso, os tribunais devem indagar se a gravidade do mal justifica a invasão da

---

<sup>256</sup> É interessante observar, de logo, que a ponderação, aqui, não se esgota na comparação de vantagens e desvantagens que a lei pretende oferecer, mas se concentra no requisito da ausência de outro meio menos danoso ao direito afetado e na estrita adequação da medida para a finalidade almejada. O exame se aproxima, portanto, dos testes do princípio da proporcionalidade desenvolvidos no direito alemão. Essa verificação torna problemática a oposição que Luís Virgílio Afonso da Silva levanta contra a doutrina e a jurisprudência brasileiras, criticando como imprópria a associação geralmente efetuada entre nós entre a proporcionalidade e a doutrina da razoabilidade do direito norte-americano. Luiz Afonso da Silva sustenta que a razoabilidade “corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é a exigência da adequação” (“O proporcional e o razoável”. Revista do Tribunais, São Paulo, 2002, v. 798, p. 33). Se de fato é possível a assimilação da razoabilidade à mera adequação no mais laxo dos exames de ponderação efetuado nos EUA - aquele utilizado para a avaliação de políticas sociais e econômicas -, a apreciação da razoabilidade se desenvolve de modo mais complexo nos casos de escrutínio estrito, cabível quando estão em jogo direitos de “especial *status*”.

<sup>257</sup> Dennis v. United States 341 U.S. 494 (1951).

liberdade de expressão tida como necessária para evitar o perigo”.<sup>258</sup>

Depois do precedente, a ponderação passou a ser vista como instrumento pró-governo.

O juízo de balanço perdeu a primazia durante o período ativista da Corte Warren, entre 1960 e 1970. As importantes decisões no âmbito dos direitos individuais tomadas pela Corte Warren assumiam postura categórica e dispensavam o recurso à comparação de interesses.<sup>259</sup>

A partir de meados da década de 1970, o recurso à ponderação volta a dominar a Suprema Corte, ressurgindo em 1973, no caso *Roe v. Wade*.<sup>260</sup> No julgado, procedeu-se ao que se denomina de ponderação conceptual, em que se comparam direitos em abstrato e se formula o que passa a ser uma regra, válida para casos seguintes – diferenciando-se, por isso, dos casos, mais numerosos, de ponderações *ad hoc*, em que o resultado depende substancialmente das circunstâncias do caso concreto e não rende uma máxima de julgamento tão abrangente.

A ponderação retoma posição de primazia como método para lidar com a Constituição. É expressivo dessa tendência o estudo de 1987, em que Paul Kahn verifica, nos julgamentos ocorridos nos três anos anteriores, a repetição das palavras *balance* e *balancing* em 214 dos 473 casos julgados.<sup>261</sup> A ponderação é usada em

---

<sup>258</sup> 341 U.S. 510. citado por Porat, “Balancing...”, ob. cit., p. 180.

<sup>259</sup> A abordagem categórica que já dominara o julgado de *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483 (1954)), em que a segregação racial foi fulminada, se repete nos casos em que se buscou garantir poder de voto às comunidades negras (os chamados Reapportionment cases, de 1964 e de 1962), no caso em que se afirmou o direito à privacidade (*Griswold v. Connecticut*, de 1965), e no caso em que se admitiu que mesmo o discurso de ódio, se não provoca imediata retorção agressiva da ordem pública, está protegido constitucionalmente (*Brandenburg v. Ohio*, de 1969).

<sup>260</sup> Trata-se do caso em que se afirma ilegítima a lei punitiva de aborto do Texas. 410 U.S. 113 (1973).

<sup>261</sup> Paul Kahn. “The Court, the community and the judicial balance: the jurisprudence of Justice Powell”. *Yale Law Journal*, n. 97, 1987, p. 3.

todos os casos em que a Corte detecta uma interferência sobre direito individual, não se restringindo às hipóteses em que a norma constitucional, por não ser suficientemente densa, cobra, para ser aplicada, uma complementação valorativa do julgador.<sup>262</sup>

É nesse período que os direitos passam a corresponder não mais a duas, mas a três escalas de prioridade. As normas que instituem regulações econômicas e programas sociais continuam a demandar um nível débil de controle, sendo bastante para a sua legitimidade que a lei se revele minimamente racional – isto é, que o meio seja adequado para o fim lícito que visa obter. No outro extremo dos testes, também continua a vigorar o escrutínio severo, em que a intervenção estatal sobre interesse individual se submete a um exame estrito – rigor que se reserva para as classes de medidas tidas como eminentemente *suspeitas*, tais as que tomam como critério de intervenção do Estado a raça ou as que afetam determinados direitos fundamentais, como o direito de voto. Na medida em que a Suprema Corte expande o uso do método da ponderação para outras áreas do Direito Constitucional, o Tribunal sentiu a necessidade de estabelecer um terceiro critério, que ensejasse uma avaliação cuidadosa das leis, sem, contudo, impor a inflexibilidade do teste estrito, de que poucas normas se salvam. Surgiu o teste intermediário (*intermediate review*), em que se demanda mais do que a mera racionalidade da medida de intervenção, embora menos do que as dificilmente atendíveis condições de validade do teste do escrutínio estrito.<sup>263</sup>

---

<sup>262</sup> A observação é de Porat. “Balancing...”, ob. cit., p. 188.

<sup>263</sup> A propósito, vide Araújo Rentería. “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales – crítica”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, vol. único, 2006, pp. 860-862. Vide, igualmente, Anne Peters. Women, Quotas and Constitutions. Londres: Kluwer, 1999, pp. 45-51.

O teste intermediário requer não apenas a referência lógica da medida interventiva com o fim a que se destina (como se exige no teste leve), mas, igualmente, que esse objetivo seja importante e que os meios dispostos pela lei sejam substancialmente proporcionados ao fim procurado. Distinções baseadas no sexo dos atingidos são tratadas, por exemplo, segundo esse modelo. Como lembra Tribe, tanto aqui como nos demais casos, é axiomático que os objetivos projetados devem ser constitucionalmente legítimos.<sup>264</sup> Na hipótese do teste intermediário, é preciso, mais, que se possa atribuir ao interesse fomentado pela intervenção sobre o direito do indivíduo uma importância que supere a desvalia imposta ao direito afetado. É interessante o paralelo que se pode sugerir entre o teste intermediário com o teste da proporcionalidade em sentido estrito, do linguajar europeu.

Na prática do teste intermediário, a Suprema Corte, por exemplo, embora não recuse que a redução de gastos do sistema educacional do Texas seja um interesse governamental válido, já entendeu que esse propósito não sobrepuja o interesse das crianças, filhas de imigrantes ilegais, de receber educação pública. Por isso, afirmou inconstitucional, por não vencer o teste da razoabilidade intermediário, a lei estadual que excluía os filhos de imigrantes ilegais do sistema estatal de educação básica.<sup>265</sup> Comentando esse mesmo precedente, Tribe aponta que “a intensidade do escrutínio da Corte depende tanto da natureza do interesse como do grau como ele é infringido”.<sup>266</sup>

O relacionamento substancial meio-fim, de seu turno, ainda que não importe,

---

<sup>264</sup> Tribe. American Constitutional Law, ob. cit., p. 1602. O autor menciona como caso de objetivo ilícito o que foi julgado pela Suprema Corte (413 U.S. 528 – 1973), em que se apurou que o propósito da medida em exame se resumia ao “desejo de causar prejuízo a um grupo politicamente impopular”.

<sup>265</sup> Caso *Pyler v. Doe* – 457 U.S. 202 (1982). O caso está mencionado por Tribe. American ..., ob. cit., pp. 1602-1603.

<sup>266</sup> Tribe. American ..., ob. cit., p. 1610.

na jurisprudência americana, uma etapa nitidamente separada do exame da importância do fim buscado, aproxima-se dos elementos empíricos relacionados com a *adequação* e com a *necessidade*, do teste de proporcionalidade europeu. Assim, por exemplo, em *Craig v. Boren*<sup>267</sup>, a Suprema Corte entendeu inconstitucional, por se apoiar indevidamente no critério do sexo, lei estadual que proibia a venda de cerveja para homens com menos de 21 anos, embora a mesma restrição, para as mulheres, somente atingisse as menores de 18 anos. O Tribunal reconheceu que a proteção da saúde e da segurança públicas eram interesses governamentais importantes para serem perseguidos pelo estatuto, mas considerou que a distinção normativa, no caso, se baseava em elementos de fato insuficientes para justificá-la.<sup>268</sup> Há similaridade do argumento com o emprego do teste da adequação, preconizado pelo princípio da proporcionalidade europeu. A irrisória diferença de casos criminais entre homens e mulheres não era apta para justificar o padrão normativo adotado. A diferenciação operada pelo estatuto legal não haveria de influenciar os resultados almejados no âmbito da prevenção de criminalidade. Faltava, pois, o atendimento do requisito da adequação.

Sob o mesmo parâmetro da “relação substancial” entre meio e fim, a Corte realiza apreciações que guardam simetria com o teste da *proporcionalidade em sentido estrito*. Para o ilustrar, recorde-se o feito em que a Corte invalidou lei de Nova York, que conferia poder de veto às mães solteiras, mas não ao pai da criança, para a adoção do filho comum.<sup>269</sup> O propósito identificado na lei era o de facilitar a adoção

---

<sup>267</sup> 429 U.S. 190 (1976).

<sup>268</sup> A estatística apresentada dizia que, na faixa dos 18 aos 20 anos de idade, os casos de prisão por dirigir embriagado apanhava 0,18% de mulheres, contra 2% dos homens. Vide *Tribe. American...*, ob. cit., p. 1603.

<sup>269</sup> *Caban v. Mohamed*, 441 U.S. 380 (1979).

e, sob esse aspecto, foi tido como positivo. Entendeu-se, porém, que a norma sobrecarregava excessivamente o interesse do pai que havia reconhecido o filho e que participava da sua educação, a tornar o estatuto insubsistente.<sup>270</sup>

As críticas que o método da ponderação suscita na doutrina, como é habitual nos EUA, prendem-se consideravelmente à análise da prática jurisprudencial, daí a importância da sua breve resenha. As críticas, aqui também, ferem aspectos internos e externos ao juízo de ponderação, muitas vezes entrelaçando-os.

Cabe reiterar que a crítica à ponderação, nos Estados Unidos, no que tange aos resultados práticos advindos do método, não define ninguém no espaço político como conservador ou liberal, nem como integrante da esquerda ou da direita.

Como visto nos exemplos mencionados, a ponderação pode operar em favor tanto de causas liberais como conservadoras. O raciocínio por categoria propende a fortalecer os direitos tidos como protegidos pela norma, ao passo que a ponderação inclina-os à flexibilidade. Desse modo – sirva o exemplo –, se a norma tem índole progressista, o raciocínio categórico será mais consentâneo com os interesses liberais.

Repise-se que, se nos Estados Unidos a ponderação foi relevante para a viabilizar leis com preocupação de justiça social à época do New Deal, prestou-se também para reduzir o escopo da proteção da liberdade de expressão, ao tempo do macartismo. As relações, portanto, do raciocínio por ponderação com posições políticas de esquerda ou de direita são contingentes e, não, necessárias. Nos Estados Unidos, mesmo no tocante às críticas externas ao juízo de ponderação – suscitando questões de legitimidade democrática –, registram-se ataques tanto de liberais como de conservadores.

---

<sup>270</sup> Vide Tribe. American..., ob. cit., p. 1603.

A não ser por uma exceção, cogitada por Kathleen Sullivan<sup>271</sup>, um imaginado vínculo entre linha política e juízo de ponderação não se sustenta. Somente no que tange à oposição entre extremistas (não importando se de direita ou de esquerda) e moderados pode-se, diz Sullivan, encontrar mais nítido traço de ligação entre posição política e preferência por juízo de ponderação ou por juízo categórico (ou formal). Os extremos do espectro político tendem a favorecer juízos que não reduzam a magnitude das posições por cada qual normatizada. O raciocínio formal lhes é, então, preferível ao da ponderação. O juízo de ponderação tenderá a resultados mais apreciáveis pelos que se situam entre os extremos, propugnadores de posições moderadas e conciliadoras de contrastes.

A ressalva previne uma eventual surpresa em ver expoentes de ambos os lados do espectro político desferindo críticas ao juízo de ponderação.

Essas críticas, na década de 1990, provocaram reação no próprio interior da Suprema Corte, em detrimento da expansão que o juízo de balanceamento vinha experimentando até ali. Em 1989, o juiz da Suprema Corte Antonin Scalia proferiu conferência em Harvard, logo em seguida divulgada em forma escrita<sup>272</sup>, em que sustentou que a democracia constitucional está melhor assistida quando, no domínio normativo, as regras superam os princípios e os juízos por categoria prevalecem sobre os de ponderação.

Para Scalia, os juízos categóricos, afeitos à aplicação de regras, preferem aos de ponderação, por apresentarem e aparentarem maior consistência, evitando decisões diferentes em situações apenas distintas em aspectos pouco claros ao público, em

---

<sup>271</sup> Sullivan. “The Supreme...”, ob. cit., p. 99.

<sup>272</sup> Scalia. “The Rule of law as a law of rules”. *The University of Chicago Law Review*. n. 56, 1989, pp. 1175-1188.

quem, nesses casos, se fixa a impressão de tratamento desigual ou discriminatório.<sup>273</sup> Não conferir primazia aos juízos de ponderação, nessa linha também, impede a proliferação de juízos incoincidentes nas diversas instâncias judiciais, com o que se previne o desprestígio do direito e da justiça.<sup>274</sup> Em consequência, igualmente, obtém-se maior grau de previsibilidade das decisões, na medida em que os jurisdicionados estarão em melhores condições para aprender, com mais perfeita exatidão, as consequências jurídicas dos seus comportamentos.<sup>275</sup> O juízo de ponderação, ainda, facilita posições ativistas do Judiciário, enquanto o entendimento das normas como regras melhor convém à auto-restrição do juiz constitucional.<sup>276</sup> O próprio Judiciário fica protegido da insatisfação pública se restringir a sua atuação criativa e se cingir à aplicação de normas já definidas com suficiente densidade.<sup>277</sup> Por fim, na arguição de Scalia, o trabalho do juiz constitucional por meio de juízos formais melhor consoa com a especificidade da tarefa de interpretar o direito, livrando-o da indispensável imersão em aspectos de fato, a que é convocado pelo juízo de ponderação.<sup>278</sup>

A conferência de Scalia, indicativa de novos rumos na Suprema Corte, reverberava a mais influente crítica que o juízo de ponderação havia recebido, dois anos antes, no plano acadêmico, quando foi publicado o minucioso estudo “Constitutional Law in the Age of Balancing” por Alexander Aleinikoff.

A crítica de Aleinikoff sistematiza várias objeções habitualmente lançadas ao juízo de ponderação, classificando-as em críticas internas e críticas externas.

Do ponto de vista da crítica interna, põem-se os problemas da ausência de um

---

<sup>273</sup> Scalia. “The Rule...”, ob. cit., p. 1178.

<sup>274</sup> Scalia. “The Rule...”, ob. cit., p. 1179.

<sup>275</sup> Scalia. “The Rule...”, ob. cit., p. 1179.

<sup>276</sup> Scalia. “The Rule...”, ob. cit., pp. 1179-1180.

<sup>277</sup> Scalia. “The Rule...”, ob. cit., p. 1180.

critério objetivo que permita comparações entre valores e interesses em atrito e da falta de método para as apreciações emitidas nos julgamentos. A ponderação, levada a extremo, seria “um nihilismo doutrinariamente destrutivo”.<sup>279</sup>

O método da ponderação – argúi o professor americano – padece da falta de uma escala de valores externa ao subjetivismo do juiz que o guie na comparação dos interesses que deve sopesar. Aleinikoff acusa que, “por vezes, a Suprema Corte chega a examinar números [e estatísticas], mas freqüentemente adota uma abordagem intuitiva e superficial, especulando livremente sobre as conseqüências reais de uma norma específica”.<sup>280</sup> Isso resulta em decisões por maioria, com divergências centradas sobretudo em opiniões conflitantes sobre o peso dos interesses postos na balança<sup>281</sup>.

Outras vezes mais, o problema se situa na falta de fundamentação dos julgados. A corte diz que está realizando um juízo de ponderação, mas não expõe de onde colheu os pesos que atribui aos interesses em atrito e não discute os critérios de avaliação que empregou. A ponderação, nesses casos, acaba por ocorrer “dentro da caixa preta” da Corte.<sup>282</sup> O juízo de ponderação exige que se tome em consideração todas as circunstâncias relevantes em torno dos interesses conflitantes, mas esse inventário, lastima-se Aleinikoff, nunca é procedido na prática, quer por falta de vontade para tanto, quer por carência de destreza técnica.<sup>283</sup> O problema se aviva, porquanto a ponderação gera máximas de julgamento com repercussão em novos

---

<sup>278</sup> Scalia. “The Rule...”, ob. cit., p. 1182.

<sup>279</sup> Aleinikoff. “Constitutional Law...”, ob. cit., p. 989.

<sup>280</sup> Aleinikoff. “Constitutional Law...”, ob. cit., p. 974.

<sup>281</sup> Id., p. 975.

<sup>282</sup> Id., p. 976. No original, a frase inteira diz: “Some rough, intuitive scale calibrated in degrees of *importance* seems to be at work. But to a large extent, the balancing takes place inside a black box”.

casos, e, ao se dedicar ao exercício do balanceamento, “as cortes não fazem nenhum esforço sério para também sopesar os interesses dos que não são parte nos pratos da balança”.<sup>284</sup>

De modo especial, a crítica realça o “caráter rudimentar” do processo de comparação e medição de interesses. “Os pesos são atribuídos, mas não são fundamentados”<sup>285</sup>.

Reconhece que, por vezes, há um esforço para racionalizar os sopesamentos, assinalando, contudo, que, neste jogo de tentativas e erros, os números destes correspondem aos daquelas.

Mesmo com relação aos três tipos de teste da validade das interferências sobre direitos fundamentais a que se atém a Suprema Corte americana, a crítica reclama da falta de justificativa mais elaborada para se situarem os casos sob qualquer dos três âmbitos de análise (racionalidade mínima, teste intermediário ou escrutínio estrito).<sup>286</sup>

Um quadro de insegurança seria instaurado desde o início do processo de controle de constitucionalidade, uma vez que, a rigor, não é infreqüente que nem mesmo se possa antecipar que tipo de escrutínio a Corte entenderá cabível na hipótese. A escolha da modalidade de escrutínio a ser levada a cabo é de incontestável importância, já que a utilização do critério estrito leva a uma quase certa sentença de inconstitucionalidade da lei, a ponto de se dizer que esse rigoroso exame é “estrito na

---

<sup>283</sup> Aleinikoff, “Constitutional Law...”, ob. cit., pp. 977-978.

<sup>284</sup> Aleinikoff, “Constitutional Law...”, ob. cit., p. 978.

<sup>285</sup> Aleinikoff, “Constitutional Law...”, ob. cit., p. 982.

<sup>286</sup> Tribe, revelando as ambigüidades nessa classificação, reconhece que “os juízes ficam compreensivelmente relutantes em se confinarem a um método específico que os deixe sem escolha entre a total afirmação ou a total negação [da racionalidade da medida examinada]”. Tribe. American..., ob. cit., p. 1610.

teoria, mas fatal na prática”.<sup>287</sup> Não surpreende, portanto, que a escolha do tipo de teste a ser aplicado venha a se constituir ela própria num ponto de divisão da doutrina e mesmo da jurisprudência, sem que se logre desvendar um parâmetro seguro e fundamentado que a dirija.<sup>288</sup>

Nem mesmo a perspectiva de que o juízo de ponderação se faça com vistas a formar padrões a serem reiterados em casos outros (ponderação por princípio ou abstrata, em oposição à ponderação *ad hoc*), não convence os críticos americanos dos méritos dessa técnica.<sup>289</sup>

Assevera-se que mesmo as ponderações abstratas acabam por não cumprir o seu intuito, uma vez que habitualmente, depois do primeiro caso, surgem novos interesses a serem sopesados e se modificam os pesos atribuídos aos interesses considerados anteriormente. Tudo isso revela, diz Aleinikoff, a fragilidade da ponderação por princípios e o “artificialismo da distinção entre os dois tipos de juízo de ponderação”.<sup>290</sup>

Louis Henkin faz também coro à advertência de que, não obstante o juízo de ponderação seja atraente para o juízes, não deve ser superestimado. O método,

---

<sup>287</sup> Anne Peters. *Women...*, ob. cit., p. 44.

<sup>288</sup> Cf. Anne Peters (*Women...*, ob. cit., p. 44) , que alude aos casos de fiscalização constitucional de medidas de ação afirmativa, em que a dificuldade se mostra particularmente sensível.

<sup>289</sup> Uma clara da distinção entre ponderação por princípios (*principled balancing*) e ponderação *ad hoc* pode ser colhida em Aharon Barak (*The judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 171): “A ponderação por princípios determina o peso, que é normativo, levando a um critério legal ou a fórmula que pode ser aplicada no futuro. Assim, por exemplo, a ponderação por princípio entre liberdade de expressão e segurança pública, na jurisprudência de Israel, firma que o Estado pode restringir a liberdade apenas se houver uma quase certeza que um discurso irrestrito comprometerá severamente a segurança pública. A ponderação *ad hoc*, diferentemente, não se baseia numa fórmula geral que possa ser aplicada em outros casos similares, mas numa avaliação entre princípios conflitantes de acordo com as circunstâncias do caso”.

<sup>290</sup> Aleinikoff, “Constitutional Law...”, ob. cit., p. 980.

segundo entende, “responde à tentação de o juiz aumentar a sua autoridade e de simplificar o seu trabalho, por uma fórmula essencialmente *impressionista*, fugindo da difícil tarefa de interpretar construtivamente a Constituição”.<sup>291</sup>

Até quando o julgador se esmera na fundamentação do juízo de sopesamento que realiza, despende – diz-se – um esforço excessivo, oneroso e demorado para a repetitiva aplicação de princípios a fatos.<sup>292</sup>

O aspecto do enfraquecimento da força normativa dos direitos fundamentais é também salientado. A ponderação, segundo se acredita, enfraquece e desnatura os “direitos concebidos para prevalecer diante de uma necessidade coletiva”.<sup>293</sup> Os direitos fundamentais mais se debilitam, na medida em que somente serão conhecidos “retroativamente”, depois do julgamento — o que, somando impropriedade, ainda suscita questões de tratamento isonômico, quando os julgamentos não são coincidentes.

Acrescenta-se que a independência do magistrado, de igual sorte, expõe-se com o método, já que o recurso à ponderação “deixa as liberdades à mercê dos juízes, sem oferecer muito para guiá-los, sujeitando-os a pressões surdidas dos contextos políticos particulares”.<sup>294</sup>

Henkin sustenta – em comunhão com tantos outros críticos – que o juízo de ponderação torna mais tênues os vínculos do controle jurisdicional de constitucionalidade com o próprio texto constitucional, expandindo a discricionariedade judicial e liberando o juiz, simultaneamente, de justificar e de

---

<sup>291</sup> Louis Henkin. “Infallibility under law: constitutional balancing”. *Columbia Law Review*, n. 78, 1978, pp. 1047-1048.

<sup>292</sup> Sullivan. “The Supreme...”, *ob. cit.*, p. 63.

<sup>293</sup> Louis Henkin. “Infallibility...” *ob. cit.*, p. 1048.

<sup>294</sup> Louis Henkin. “Infallibility...” *ob. cit.*, p. 1048.

persuadir.

O exercício da ponderação provocaria, afinal, invasão do domínio da competência dos ramos políticos do Governo, lugares ideais para se demarcarem e conciliarem os interesses e valores sociais que competem entre si – tudo a recomendar que a doutrina da ponderação seja “domesticada e que se detenha em limites bem fixados”.<sup>295</sup>

Neste passo, o parecer adverso à ponderação ingressa no que se classificou como “crítica externa” a esse juízo. Com a expressão, designam-se os problemas do juízo de ponderação no que tange ao papel do juiz constitucional e no que se refere à natureza do controle de constitucionalidade.

O juízo de ponderação, aqui, é atacado por replicar, no âmbito do Judiciário, uma tarefa que o princípio da democracia representativa reserva ao Legislativo. Se os juízos formulados por um e por outro Poder são de igual natureza (política), não haveria o que justificasse a duplicação de esforços e a entrega da decisão final a órgão que não responde eleitoralmente por seus atos.

Se a jurisdição constitucional quer assegurar o funcionamento liso do sistema político, protegendo os canais de formação da livre vontade popular, não caberia ao juiz constitucional senão recusar validade a medidas que contraviessem claramente esse ideal democrático – não se seguindo daí que lhe fosse dado sopesar valores sociais em conflito para privilegiar qualquer deles, por meio de decisão de natureza legislativa. A Corte não teria legitimidade política, assim, para julgar a importância de metas traçadas pelos órgãos de representação popular, muito menos para graduá-las

---

<sup>295</sup> Louis Henkin. “Infallibility...”, ob. cit., p. 1049.

em face de outros valores sociais com elas atritantes.<sup>296</sup>

O problema da legitimidade do juízo de ponderação também se evidenciaria por operar a transformação do discurso constitucional em um debate genérico sobre a razoabilidade das ações governamentais, em prejuízo da função de expor e desenvolver uma compreensão teórica das normas constitucionais, que seria presumivelmente própria do Judiciário.<sup>297</sup>

Nesse sentido, diz-se que a função das normas constitucionais de definir peremptoriamente os limites das ações dos poderes públicos e de legitimar as medidas adotadas dentro dessas fronteiras fica comprometida, já que tanto as decisões constitucionais como as decisões políticas estariam a depender de uma mesma ordem de avaliação – essencialmente política e discricionária. O discurso jurídico haveria de ser específico, diferente daquele do Legislador, para que se justificasse a crítica judiciária sobre provisões normativas.<sup>298</sup> Aleinikoff complementa essas razões, aduzindo que “se cada norma constitucional, cada valor constitucional, for entendido simplesmente como um convite para uma discussão sobre a boa política social, vai significar muito pouco falar em *teoria* constitucional. Ao fim e ao cabo, é a noção de supremacia constitucional que penderá da balança”.<sup>299</sup>

A doutrina que segue essa linha preconiza que o juízo de ponderação tenha o seu papel restrito a casos extremos e raros, em que não se possa resolver a pendência a partir da argumentação por categorias. Prefere-se, pois, o esforço que se traduz na busca da definição do conteúdo dos preceitos constitucionais, dos seus limites

---

<sup>296</sup> A propósito, resumindo as linhas de argumentação nesse ponto, Aleinikoff (“Constitutional Law...” ob. cit., pp. 985-986).

<sup>297</sup> Cf. Aleinikoff. “Constitutional Law...”, ob. cit., p. 988.

<sup>298</sup> Repare-se como a crítica se aproxima da que Habermas expõe, ao atribuir como próprio do Legislativo um juízo de justificação e ao juiz constitucional, um juízo de aplicação.

imanescentes e dos objetivos que singularizam a razão de ser da norma. Para estreimar esse exercício da mera rendição ao método gramatical de interpretação, Aleinikoff assegura que existe um “amplo espaço entre o literalismo e a ponderação.”<sup>300</sup>

## Fecho

Este capítulo complementa e especifica, para os fins a que a tese se dirige, o exame das conseqüências do reconhecimento de que a Constituição ostenta um valor jurídico superior na ordem jurídica.

Nessa linha, cabe ressaltar, em especial, o fenômeno da transferência de parcela expressiva do poder efetivo dos ramos denominados *políticos* do Estado para a jurisdição constitucional. A justiça constitucional, quando assume a função de guardião da Constituição, toma a si a palavra definitiva sobre a compreensão do texto constitucional. A atitude é farta em conseqüências práticas. As resistências que a

---

<sup>299</sup> Aleinikoff. “Constitutional Law...”, ob. cit., p. 992.

<sup>300</sup> Aleinikoff. “Constitutional Law...”, ob. cit., p. 996. Frederick Schauer argumenta, tomando o termo “absoluto” como o que é insuscetível de ponderação, que “o absoluto na força [normativa] não é o mesmo que o ilimitado na abrangência ou no objetivo. Um princípio ou um direito pode ser absoluto sem ser aplicável em todas as situações. Mesmo o mais aguerrido literalista ou absolutista riria se um advogado num processo criminal por homicídio ou estupro argüísse a Primeira Emenda [que assegura a liberdade de expressão] como defesa”. (“Speech and speech obscenity and obscenity: an exercise in the interpretation of constitutional language”. *The Georgetown Law Journal*, n. 67, 1978-1979, p. 903). Aleinikoff ainda exemplifica a sua tese, comentando o caso *New York Times v. Sullivan* – 376 U.S. 254 (1964), em que se disse que somente haveria de ser afastada a proteção da garantia constitucional da liberdade de expressão se a matéria jornalista contra pessoa que desempenha função pública fosse maliciosa, no sentido de ter sido publicada, apesar de sabidamente falsa ou com negligência na apuração da sua veracidade. Nas palavras de Aleinikoff: “a Corte não estabeleceu um juízo de ponderação entre a Primeira Emenda e o interesse em preservar a reputação. A Corte instituiu, sim, o teste da “malícia” porque considerou que essa proteção da imprensa era necessária para que se atingisse a plenitude dos propósitos da Emenda. Discursos de que se conhece a falsidade ou em que se é “negligente” na apuração da verdade não são protegidos, porque não são tipos de discursos que fomentem os objetivos da Primeira Emenda” (Aleinikoff, “Constitutional Law...”, ob. cit., p. 1001).

jurisdição constitucional sofre e os ensaios de contenção de suas atribuições não podem ser compreendidos fora do painel histórico-político que lhe é próprio.

É esse ambiente de tensão entre os Poderes tradicionais do Estado que subjaz à apreciação crítica que a doutrina e os operadores do direito constitucional dirigem ao juízo de ponderação.

Apesar de a ponderação se haver firmado como técnica de decisão tanto na Europa como nos Estados Unidos, não lhe faltam os adversários no Novo e no Velho Continente. Conhecer essas posições recomenda-se como indispensável, sobretudo ante um certo entusiasmo com o princípio da proporcionalidade que se surpreende em não poucos acórdãos do Judiciário nacional e em tantas publicações doutrinárias.

Se se pretende que o juízo de ponderação sirva aos propósitos do constitucionalismo, compatibilizando-se com as exigências democráticas, cumpre que esses dois pólos do Estado de Direito contemporâneo sejam bem entendidos. Neste capítulo, buscou-se dar a conhecer como a relação entre constitucionalismo e democracia repercute sobre a compreensão do juízo de ponderação, na medida em que inspira censura ao método.

As críticas ora se elevam em nível de abstração, ora se detêm em particularismos da prática judiciária, apresentando variada intensidade de imersão nos fundamentos filosóficos e políticos da teoria do Estado de Direito e da democracia.

Entre os adversários da ponderação, há os que sugerem o retorno ao sistema da positivação constitucional purificada de valorações preordenadoras dos poderes políticos constituídos. Este seria o único meio de se evitar a ponderação judicial de valores, incontornável numa Constituição entregue à guarda do Judiciário e repleta de referências axiológicas. A Constituição dirigente do Estado social seria o rematado

epítome do modelo repudiado.

Outros não se rebelam contra o modelo materializado das constituições atuais, mas se inquietam com a fuga ao controle democrático de decisões relevantes para a ordem estatal a que o juízo de ponderação parece conduzir. Registram-se preocupações com a tutela sobre a autodeterminação popular a que a jurisdição constitucional tenderia quando se precipita num extensivo juízo de ponderação.

A recusa à ponderação, neste passo, se nutre da impressão de que o método gera soluções que não resultam de um processo deliberativo em que se dá aos cidadãos a oportunidade de, livre e informadamente, constituírem-se em fator de legitimação das opções normativas assumidas.

De outro lado, acusa-se a justiça constitucional de, ao se atirar à ponderação, recorrer a um discurso que não é o técnico-jurídico, confiado aos juízes na repartição das funções estatais. Haveria uma superposição de discursos de justificação de opções políticas, que, até por exigência de racionalização de tarefas e de eficiência do sistema, deveriam ser exclusivos dos órgãos responsáveis eleitoralmente. O mal-estar diante do que é sentido como radical contradição interna do sistema político torna-se tanto mais extremado quando se observa que, a par de replicar o discurso político de justificação de opções político-valorativas, o emprego da ponderação na jurisdição constitucional reserva prevalência à vontade desta.

Se semelhante desvio não fosse bastante – apontam os críticos –, o juiz constitucional, quando censura o legislador socorrendo-se do juízo de ponderação, ainda o faz com desprezo a uma orientação metodológica bem estabelecida, não se valendo de um discurso persuasivo, previsível e reproduzível no futuro.

Indigitam-se às decisões valorativas dos juízes constitucionais a pecha da irracionalidade e o vício da preterição de sindicâncias necessárias para uma análise

ampla e segura do panorama das circunstâncias relevantes. Dessas faltas não poderiam deixar de resultar decisões depreciadas no que tange à qualidade da fundamentação que o exercício de optar por alternativas axiológicas demandaria.

O dano ao princípio democrático, sob o aspecto da responsabilidade pública dos agentes condutores da vida política (*accountability*), avoluma-se, então, já que se subtrai aos demais agentes da vida pública a oportunidade de se insurgir contra os argumentos que conduziram à opção valorativa prevalente na justiça constitucional.

O discurso de temporização e de particularização a caso concreto, que estaria na base dos juízos de ponderação, induziria mais um resultado infausto. A ponderação amesquinharia os direitos fundamentais, enturvando o sentido de proteção de posições essenciais do indivíduo que anima a proclamação dessas garantias. Isso ocorreria, uma vez que esses direitos, a depender das circunstâncias, deixariam, na prática, de socorrer o interesse do indivíduo colidente com interesses públicos. O direito fundamental não mais funcionaria como um trunfo contra a vontade e os interesses das maiorias, mas se rebaixaria à condição de valor equivalente a estes, em luta por prevalecer no caso concreto. O fato de esse conflito ser entregue, sem balizas objetivas, ao descortino do juiz constitucional – ou, por outra, ao subjetivismo deste, insuscetível de controle eficiente – agravaria tanto mais o problema.

O direito fundamental perderia vitalidade quando submetido a comparações e a sopesamentos, e ainda ficaria prejudicada a sua função de gerar previsibilidade quanto às conseqüências dos comportamentos assumidos em sociedade.

Alega-se que o não-reconhecimento a um direito fundamental de força prestabelecida e inderrotável conduziria a que somente se possa apreender toda a sua extensão e intensidade depois de se proceder à sua comparação com o outro valor que venha com ele a disputar a primazia no caso concreto. Desse modo, quem se pretende

titular de um direito fundamental não se poderia considerar assim de antemão. Tampouco o âmbito de proteção do direito estaria claro antes de que porventura encontrasse oposição ao seu desfrute. A falta de metodologia hábil para o juízo de sopesamento exacerba a situação de imprecisão. Ao lado, pois, da avaria que o método acarreta à força normativa dos direitos fundamentais, a segurança jurídica também se estremece.

Por fim, a proclamada vinculação de todos os poderes constituídos aos direitos fundamentais queda, igualmente, falseada.

Se os direitos fundamentais somente se dão a conhecer na sua integralidade pela ponderação a cargo do juiz constitucional, e como não há critério externo objetivo que constranja a jurisdição a parâmetros controláveis, os direitos fundamentais se tornariam reféns da compreensão subjetiva do juiz e a sua realidade resultaria de manifestações délficas da jurisdição constitucional. O juiz constitucional se tornaria, desse modo, para efeitos práticos, o inventor dos direitos fundamentais – condição incoadunável com a de ente submetido e vinculado a esses direitos.

É tempo, diante dessas críticas, de, no próximo capítulo, repassar como tais dificuldades são enfrentadas pelos partidários do juízo de ponderação, com vistas a estabelecer se, e em que medida, esse método pode-se justificar.

## **CAPÍTULO 3 – Em favor da ponderação**

Em favor do juízo de ponderação, costuma-se assinalar-lhe um caráter necessário, em face da estrutura das normas constitucionais. O grau de entusiasmo com o juízo de ponderação é, contudo, variável. Há os que nele vêem um método de incontestável viés democrático, uma nota típica do constitucionalismo atual. Outros têm a ponderação judicial por justificada, mas nos casos em que não haja outro método alternativo de solução de conflito de interesses pelo Judiciário.

A defesa da ponderação se faz em duas frentes básicas. Busca-se demonstrar a sua harmonia com o sistema democrático e se dirigem energias para desvendar-lhe a racionalidade.

A ponderação tem sido louvada como “meio de solução de conflitos entre maiorias e minorias que é respeitoso com cada qual”<sup>301</sup>. Salienta-se que, no século XX, onde quer que a democracia se implantou, o juízo de proporcionalidade – de que a ponderação é integrante – se tornou presente, alçando-se à condição de “critério universal de constitucionalidade”, guiando decisões judiciais em localidades tão distantes entre si como o Canadá, Israel, África do Sul, Índia e Japão, e de modo generalizado na Europa. Entende-se que, em especial, os testes da adequação e da necessidade, que integram o juízo de proporcionalidade, operam como reclamos por moderação e por respeito mútuo, na medida em que exigem racionalidade e motivos

suficientes nas intervenções sobre direitos individuais.<sup>302</sup>

Até mesmo a aplicação da proporcionalidade em tantas paragens distintas do Globo leva os seus partidários a nela enxergar um propício caráter neutro, que admite que cada comunidade em particular, a cada momento e em cada lugar, defina os interesses que devem ser considerados preponderantes nos conflitos com que convive.

O entusiasmo pelo método leva a que se sustente que a ponderação “resolve conflitos entre valores morais fundamentalmente antagônicos de forma que demonstra igual consideração e respeito para todos os envolvidos”, convertendo o processo de fiscalização judicial num “relativamente direto exercício de lógica ou de raciocínio silogístico”.<sup>303</sup> Beatty enaltece o fato de que “a *proporcionalidade* transforma o sentido dos direitos, transmudando-os de asserções de verdades eternas em discursos para solução de conflitos” e acredita que a proporcionalidade, como fator decisivo de legitimidade, “garante que os indivíduos recebam tratamento de sujeitos deliberativos iguais, cujas visões são respeitosamente consideradas em todas as discussões morais sobre como padrões universais devem ser aplicados em cada caso”<sup>304</sup>. O juízo de ponderação engendraria um clima de liberdade e de igualdade “maior do que qualquer outra teoria rival tem sido capaz de propiciar”, e isso “porque é capaz de reconciliar democracia e direitos de uma forma que otimiza ambos”<sup>305</sup>.

Está claro que a visão positiva do juízo de ponderação que essa linha de pensamento avança liga-se ao aspecto de abertura a razões que a prática de balancear os argumentos de todos os envolvidos na contenda exige. Enxerga-se nisso um

---

<sup>301</sup> David Beatty. The Ultimate Rule of Law. Nova York: Oxford University Press, 2004, p. 160.

<sup>302</sup> Citações e referências no parágrafo estão em Beatty, ob. cit., pp. 162-163.

<sup>303</sup> Beatty, The Ultimate..., ob. cit., p. 169.

<sup>304</sup> Beatty, The Ultimate..., ob. cit., p. 171,

componente relevante para a consecução da justiça nos casos concretos e uma realização prática de postulados sobre a legitimidade do processo deliberativo democrático.

A crítica de que a decisão final, nos juízos de ponderação, não é tomada por quem representa politicamente os cidadãos, não é levada em conta relevante. De um modo geral, supõe-se a inevitabilidade, no atual momento do Estado de Direito, do controle jurisdicional de constitucionalidade. Esse modo de ver se favorece da circunstância de que as próprias constituições democráticas prevêm essa fórmula de fiscalização dos atos dos representantes do povo. O controle por órgão não-representativo seria, assim, resultado de decisão do próprio povo, titular do poder constituinte originário.<sup>306</sup> É claro que essa posição não resolve o problema – esse sim aberto a controvérsias mais consistentes – dos limites da ação dos órgãos de controle de constitucionalidade.<sup>307</sup>

---

<sup>305</sup> Beatty, *The Ultimate...*, ob. cit., pp. 174 e 176, respectivamente.

<sup>306</sup> Mesmo críticos da ponderação, enquanto proporcionalidade em sentido estrito, descartam a gravidade do problema da legitimidade democrática de uma Corte Constitucional que nulifica deliberações de representantes do povo, indagando: “quanto do problema da legitimidade resta, uma vez que a jurisdição constitucional está estabelecida pela própria Constituição?” Bernard Schlink. “The dynamics of constitutional adjudication”. *Cardozo Law Review*, vol. 17, 1995-1996, p. 1238. O autor também critica como estéril a proposta de Habermas de que a Corte Constitucional deveria resguardar apenas “o sistema de direitos que torna a autonomia pública e privada igualmente possível”, com o comentário de que “frases genéricas como esta não provocam nenhum progresso no trato com os problemas atuais da jurisdição constitucional. Além disso, [tais frases] nem situam e nem resolvem ‘o problema da legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria da democracia’” (id., p. 1231).

<sup>307</sup> Cite-se por todos, neste passo, Carlos Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 210-211: “A discussão sobre a sua [da jurisdição constitucional] mudou de tom e se transformou em controvérsia sobre os limites funcionais do exercício de controle de constitucionalidade das leis. Esse giro teve por causa a aceitação de que a jurisdição constitucional representa uma instituição essencial de todo Estado Constitucional Democrático de Direito e a admissão da necessidade de se coadunar o constitucionalismo com o princípio democrático e a proteção dos direitos fundamentais com o funcionamento dos mecanismos próprios da democracia representativa”. De sua vez, o debate sobre os limites

Estabelecido que a jurisdição constitucional é inevitável, adeptos do método da ponderação assinalam que, ao menos nos *casos difíceis* — naqueles em que princípios competem pela primazia na regulação de uma dada situação —, o balanço de interesses e valores também é inescapável.

Ponderar valores e bens é tido como atividade inerente a todo processo de tomada de decisão. O processo decisório envolveria necessariamente uma calibragem de fatores e objetivos que se indispõem entre si, exigindo que seja averiguada a importância de cada qual para a resolução de uma controvérsia qualquer. Deliberar seria equivalente a ponderar.<sup>308</sup>

Na raiz desse modo de ver está a percepção de que a nenhuma postura, num quadro de conflito entre posições razoáveis, pode ser acordada importância absoluta e que a todos é devida a atenção para as suas pretensões, conforme o princípio da igual dignidade dos homens recomenda.

Visões filosóficas diferentes levam a se recusar que os conflitos possam ser resolvidos por valores absolutos, impondo-se, por isso, a alternativa das ponderações. A rejeição de *absolutos* pelos pragmatistas e a idéia de que a satisfação de interesses pode ser quantificável em termos de custo e benefício, sustentada pelos seguidores da análise econômica dos vários setores das ciências sociais, bem assim a postura multicultural ou pluralista, recomendando que todos os valores professados na sociedade tenham a oportunidade de ser devidamente considerados nos processos deliberativos —

---

funcionais do controle de constitucionalidade “passou a se centrar na necessidade de se precisar até onde se estende a competência dos tribunais constitucionais”.

<sup>308</sup> Nesse sentido, Porat. “Balancing...”, ob. cit., p. 10, onde reúne citações de autores na área jurídica e juízes da Suprema Corte, entendendo que “a ponderação é da essência do processo judicial”. Lembra, ainda, Raz, para quem, a nossa concepção intuitiva de conflito prático é a de que “esses conflitos devem ser resolvidos pela avaliação da força relativa ou do peso das

todas essas posições, não-coincidentes nos seus pressupostos, convergem, no entanto, para credenciar o raciocínio por ponderação no direito.

No âmbito da ética católica o juízo de proporcionalidade também é acolhido em casos críticos de conflito entre bens de importância capital. A proporcionalidade se mescla, ali, com o raciocínio derivado da doutrina do duplo efeito. Essa doutrina tem origem no pensamento de Santo Tomás de Aquino, embora haja ganhado desdobramentos de que o filósofo-teólogo não cuidou na sua vasta obra. Contemporaneamente, a doutrina do duplo efeito auxilia o desate de questões sobre a legitimidade de condutas que, buscando um fim bom, causam um dano previsível, inevitável, embora não desejado.<sup>309</sup> Como nos juízos de ponderação, exige-se que o sacrifício a ser imposto ao bem sujeito à lesão não seja gratuito, mas *necessário*. E, mais, cobra-se que o bem a ser alcançado seja mais significativo do que o mal causado. Mesmo que o bem a que a ação visa seja mais relevante do que o dano que gera – adverte-se –, o dano desnecessário desautoriza a ação.

Segundo a doutrina do duplo efeito, a ação é legítima se: “(1) o ato considerado independentemente dos seus efeitos danosos não é, em si, mau; (2) o agente visa ao bem e não quer o dano, nem como meio nem como fim; e (3) o agente age por motivos proporcionalmente graves, respondendo às suas obrigações relevantes, comparando conseqüências e, considerando a necessidade do dano, empenha-se com o devido cuidado para eliminá-lo ou mitigá-lo”.<sup>310</sup>

Como se nota, a doutrina do duplo efeito não pretende que todas as questões

---

razões conflitantes, para se determinar o que deve ser feito em seguida à ponderação de razões”.

<sup>309</sup> Veja-se, a propósito, T. A. Cavanaugh. Double-effect reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2006, *passim*, especialmente os capítulos I e V.

<sup>310</sup> T. A. Cavanaugh. Double-effect..., ob. cit., p. 36.

éticas sejam resolvidas à base da consideração de proporção meio-a-fim e de ponderação entre valores e conseqüências, mas recomenda essas comparações diante de casos difíceis no domínio da ética.

Cavanaugh associa o raciocínio do duplo efeito ao modo de proceder por *balancings* dos juízes, máxime quando “os legisladores não podem obter um bem comum sem prejudicar um outro bem” – acrescentando que “essas situações legais se assemelham aos angustiantes dilemas enfrentado pela ética. Os recursos de que se vale o direito sugestivamente se parecem com os ministrados pelo raciocínio do duplo efeito”.<sup>311</sup>

Esse raciocínio do duplo efeito – espelhado pela técnica da ponderação – é adotado pela Igreja Católica, ao se posicionar em situações dramáticas de conflitos entre bens fundamentais. Assim, por exemplo, em resposta, de 1957, a indagação formulada pela Sociedade Italiana de Anesteseologia, o Papa Pio XII, entendeu legítima a administração de narcóticos a pacientes, embora isso ocasionasse o encurtamento da vida do doente. Se a redução da dor não for obtida pelo encurtamento da vida ou se a abreviação da vida não for o objetivo pretendido, o alívio da dor pela introdução do medicamento é admissível, embora “deva estar determinado se há uma razoável proporcionalidade entre esses dois efeitos e se as vantagens de um compensam a desvantagem do outro”. Essa solução foi reiterada pelo papa João Paulo II, em documento de condenação à eutanásia.<sup>312</sup>

O juízo de ponderação, desse modo, encontra apoio em distintas motivações filosóficas e é, de modo geral, adotado segundo uma impressão de sua inevitabilidade — ao menos, diante de casos difíceis, que envolvem juízos morais colidentes e

---

<sup>311</sup> T. A. Cavanaugh. *Double-effect...*, ob. cit., p. 193.

demandam solução de conflitos de interesses, bens e valores não previamente submetidos a hierarquização absoluta.

A ponderação, para o juiz da Suprema Corte de Israel Aharon Barak, seguindo esse viés, expressa uma técnica inescapável, que reflete a própria complexidade de valores que compõem o direito, construindo pontes entre o direito e a vida pluralística, já que “exige do juiz identificar os valores relevantes, enfrentar o tema da importância social desses valores, além de exigir que revelem o seu pensamento para os seus confrades e para as demais pessoas, facilitando a crítica e a auto-crítica”.<sup>313</sup>

Busca-se, não raro, justificar a ponderação, nela se enxergando um processo de decisão inerente ao próprio sistema de direitos fundamentais numa sociedade complexa e pluralista. Nessa linha, assegura-se que o reconhecimento da realidade das colisões entre princípios constitucionais expõe tanto os latentes como os desabridos conflitos sociais existentes e se predica ao juízo aberto de ponderação a virtude de enfrentá-los sem subterfúgios. Tem-se, então, o recurso à metodologia da ponderação de bens como indispensável para a solução de conflitos “de forma intersubjetivamente controlável segundo os princípios constitucionais”.<sup>314</sup>

Em casos difíceis, argüi-se a desvalia da busca de critérios fixos, apriorísticos, dotados de valor absoluto, para se delimitar, em abstrato, com precisão inconciliável com a natureza dinâmica da vida social, todos os contornos dos princípios constitucionais. Seria infactível cingir o juiz, por meio de regras absolutas, a soluções para conflitos sempre previsíveis antes mesmo de os atritos acontecerem. O esforço, mais do que inútil, seria nocivo, uma vez que renderia apenas a “ocultação do conflito

---

<sup>312</sup> T. A. Cavanaugh. Double-effect..., ob. cit., p. 196.

<sup>313</sup> Aharon Barak. The Judge..., ob. cit., p. 173.

de interesses que preside efetivamente à restrição [ao direito fundamental] e o alargamento da discricionariedade do aplicador/intérprete, com a conseqüente falta de acessibilidade à crítica e controlabilidade pública da decisão”.<sup>315</sup>

Por outro lado, a ponderação corretamente empreendida expressaria um processo disciplinado de decisão, revelando de modo aberto à sociedade os conflitos axiológicos subjacentes aos casos difíceis de colisão de princípios constitucionais.

O procedimento da ponderação em si mesmo já seria uma garantia de imparcialidade do juiz, na medida em que todos os estádios do processo deliberativo e as suas premissas de valor relevantes são expostos às escâncaras, o que sujeita o juiz constitucional à imediata censura do seu auditório<sup>316</sup>. O método, assim, favoreceria a busca de valores comuns, reduzindo a margem de imposição de convicções acaso idiossincráticas do juiz, e propiciaria aprimoramento de decisões futuras, pelo debate a que se abre, facultando retificações, em prol de consensos mais consistentes.<sup>317</sup>

Não apenas o tom de deliberação aberta que a ponderação potencializa é enaltecido pela corrente que preconiza o método. Acrescentam os comunitaristas americanos que o raciocínio por ponderação sobreleva-se àquele das categorias fixas,

---

<sup>314</sup> Jorge Reis Novais. Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 25.

<sup>315</sup> Jorge Novais. Direitos Fundamentais..., ob. cit., p. 26. Para o autor, afinal, a recusa à ponderação seria uma rendição ao domínio das ilusões ideológicas.

<sup>316</sup> O termo auditório, aqui como em outras passagens da tese, deve em inspiração a Chaïm Perelman, que o toma como a designar “o conjunto daqueles aos quais visa o esforço de persuasão” (Chaïm Perelman. Lógica Jurídica (trad. Virgínia Pupi). São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 165-166). Especificamente no plano jurisdicional esse auditório compreende os pares do magistrado, as partes, a comunidade jurídica (inclusive a Academia) e a sociedade civil em geral.

<sup>317</sup> Em estudo influente, com nítido intuito de resposta ao artigo de Aleinikoff sobre a ponderação, o Juiz Frank Coffin, defende a ponderação, dela enfatizando que demanda especificações, sensibilidade e enfrentamentos diretos. Conclui que o método “restringe o juiz e minimiza preferências pessoais ocultas ou impróprias, ao revelar cada passo da formação da decisão. Maximiza [ainda] a possibilidade de se criarem consensos colegiais por permitir que

porque, se o último beneficia liberdades de origem burguesa, a ponderação abre maior ensejo a argumentos baseados em preocupação de igualdade social.<sup>318</sup>

O trato das normas como princípios e a solução das controvérsias que o entrelaço entre eles projeta por meio da ponderação são também apontados como fatores encorajadores de soluções tendencialmente mais justas, porque mais ajustadas às particularidades de cada caso concreto analisado, livrando o sujeito do peso de decisões baseadas em critérios genéricos rigorosos. A flexibilidade no entendimento das normas propiciada pela ponderação é indicada como fator de longevidade do sistema normativo, abrindo ensejo para que os órgãos de decisão se valham das mesmas estruturas regulatórias para tratar de sempre novas circunstâncias – o que beneficiaria a legitimidade das deliberações.<sup>319</sup>

Teóricos de vertente republicanista endossam o método, preferindo-o a uma jurisprudência de conceitos. Frank Michelman referiu-se à ponderação, em tom de abono, nela ressaltando o aspecto de “prática comunicativa de aberta e inteligível formulação de razões, opondo-se ao impulso auto-justificatório e ao *ipse dixit*”. A ponderação convidaria o juiz a um “foco contextual” e dialógico, conduzindo “à externalização e ao exame de dúvidas e discordâncias, não apenas sobre o *este caso*, como sobre a repercussão do resultado sobre o significado de todo um complexo de

---

se enfrentem todas as objeções dos integrantes da Corte”. Frank Coffin. “Judicial balancing: the protean scales of justice”. New York University Law Review, vol. 63, 1988, p. 25.

<sup>318</sup> Em artigo da década de 1970, Duncan Kennedy, seguindo essa perspectiva, situa o raciocínio por regras, que privilegia conceitos fixos e não-graduáveis, como “individualista”, dirigido a acentuar o ideal da eficiência e a manter o *status quo*. Já a ponderação – acredita –, por tender a enxergar nas normas um diálogo entre princípios, travado em contextos sociais sob constante mutação, suscitaria *élan* “altruísta”, gerando a expectativa de maior volume de argumentos louvados em propósitos igualitários. Duncan Kennedy. “Form and substance in private law adjudication”. Harvard Law Review, vol. 89, 1975-1976, pp. 1737-1751, 1753-1756. A explanação das conclusões atingidas por Duncan Kennedy são desenvolvidas por K. Sullivan, “The Supreme...”, ob. cit., p. 67.

<sup>319</sup> A propósito, Sullivan, “The Supreme...”, ob. cit., p. 66.

princípios”.<sup>320</sup> Isso se harmonizaria com o postulado de que “toda norma, em todo tempo, requer explicação e justificação no contexto”.<sup>321</sup>

Em outro estudo, Michelman insiste em que as decisões sejam expostas à “interação crítica democrática”, com o que se demonstraria respeito para com os cidadãos, que assim seriam tratados como “potencialmente competentes e contribuidores sinceros para os esclarecimentos políticos”. Em consequência, os julgadores se mostrariam dispostos a serem influenciados pelos debates e pelas diversas opiniões sobre o que é justo.<sup>322</sup>

Philip Petit, republicanista, tampouco é avesso, em princípio, à jurisdição constitucional, como instrumento do constitucionalismo para conter a vontade do legislador, num projeto mais abrangente de *dispersão do poder*<sup>323</sup>, em obséquio à liberdade. A posição se entende, ante a posição de Petit de “reinvicação de que tudo o que for feito por um governo republicano deve ser passível de contestação eficaz pelos que por ele forem afetados”, a fim de se assegurar a “liberdade como não-dominação”.<sup>324</sup>

Pettit sustenta que os republicanistas se distinguem dos populistas, por não concordarem com estes em que todo o arranjo de distribuição de poder de cunho normativo, que enseje partilha dessa prerrogativa com o Judiciário ou com o Executivo, represente um mal em si. Critica a posição, dela dizendo que foge à preocupação central do republicanismo – “o cuidado em prevenir a arbitrariedade do

---

<sup>320</sup> Frank Michelman. “Foreword: Traces of self-government”. Harvard Law Review, vol. 100, 1986-1987, p. 34.

<sup>321</sup> Michelman, “Foreword...”, ob. cit., p. 76.

<sup>322</sup> Michelman. “Brennan and...”, ob. cit., p. 423.

<sup>323</sup> Philip Pettit. Republicanism - A Theory of Freedom and Government. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 177

<sup>324</sup> Philip Pettit. Republicanism... ob. cit., p. 172.

poder, mesmo a arbitrariedade do poder do povo”.<sup>325</sup>

O pensamento republicano não entende que uma exata divisão de poderes seja factível. Afirma inevitável que, “na interpretação das leis, os tribunais efetivamente exerçam um certo grau de poder legiferante”.<sup>326</sup> Insiste na necessidade de “proteções contramajoritárias”, que “requerem uma jurisprudência que identifica uma boa lei em outro critério para além da marca de ter obtido o apoio da maioria”.<sup>327</sup> Constrói uma idéia de democracia que não enfatiza tanto o consenso nas decisões, acentuando, antes, a propensão desse regime a ensejar deliberações amplamente discutidas e passíveis de contestação.<sup>328</sup>

Para que as decisões públicas possam ser contrastadas, cumpre que apresentem uma “base potencial” para tanto, que haja canais para que sejam contestadas e um foro onde a validade das críticas seja avaliado e receba uma adequada resposta.<sup>329</sup> Pettit não se refere especificamente à jurisdição constitucional, mas tampouco a exclui como ambiente propício para esse objetivo. Tanto assim que preconiza que “em toda esfera de tomada de decisão, legislativa, administrativa e judicial, deve haver procedimentos que identifiquem as considerações relevantes para a deliberação, dessa forma permitindo que os cidadãos suscitem a questão de saber se tais considerações são apropriadas para justificar a deliberação”.<sup>330</sup> Explicitamente, a seguir, reconhece

---

<sup>325</sup> Pettit. Republicanism... ob. cit., p. 180.

<sup>326</sup> Pettit. Republicanism... ob. cit., pp. 179-180.

<sup>327</sup> Pettit. Republicanism... ob. cit., p. 182.

<sup>328</sup> Pettit. Republicanism... ob. cit., p. 185: “A democracia pode ser entendida, sem que se forcem indevidamente o seu conhecimento intuitivo, como um modelo primordialmente contestatório, mais do que consensual. Por esse modelo, o governo será democrático, o governo representará uma forma de reger controlada pelo povo, na medida em que as pessoas, individual ou coletivamente, gozem da permanente possibilidade de discutir o que o governo decide”.

<sup>329</sup> Pettit. Republicanism... ob. cit., p. 187.

<sup>330</sup> Pettit. Republicanism... ob. cit., p. 187. O autor prossegue: “(...) isso significa que deve haver procedimentos que permitam aos cidadãos julgar se as considerações relevantes

que o Judiciário, em casos difíceis, haverá de tomar decisões tipicamente políticas – vale dizer, de ponderação de valores, segundo escalas de prioridades não-estabelecidas previamente –, o que considera admissível, desde que as decisões se exponham francamente ao escrutínio público.<sup>331</sup> Essas deliberações do Judiciário são aceitáveis, no pensamento republicanista de Pettit, se, além disso, forem devidamente arrazoadas.<sup>332</sup>

Afinal, é indispensável – prossegue Pettit – que as esferas de decisão, inclusive no âmbito do Judiciário, sejam responsivas às críticas veiculadas por meio de procedimentos relativamente organizados, eficazes e acessíveis.<sup>333</sup>

Em suma, embora Pettit não aluda diretamente à jurisdição constitucional, é dado extrair do seu pensamento a anuência a que decisões envolvendo ponderação de valores sejam nela são tomadas. As ponderações de valores e bens envolvem juízos de discricionariedade política, que não devem ser necessariamente excluídos do domínio das decisões judiciais, até por serem inevitáveis nos casos difíceis. A preocupação não deve ser a de exorcizar esse juízo de ponderação das decisões judiciais, mas, sim, a de se premunir o sistema contra a arbitrariedade, valendo-se de instrumentos que

---

efetivamente determinaram o resultado alcançado: as decisões devem ser tomadas sob o signo da transparência, sob a perspectiva de serem escrutinadas, num ambiente de liberdade de informação, etc”.

<sup>331</sup> Pettit. Republicanism... ob. cit., p. 188. Referindo-se a decisões judiciais em casos difíceis, diz que os fatores a serem levados em conta hão de ser mais extensos do que os habituais, “incluindo considerações mais genéricas que seriam relevantes para o legislador. Em todo caso, a autoridade deverá decidir sobre bases adequadas e deverá tornar claras as considerações que a motivam”.

<sup>332</sup> É interessante notar que entre os requerimentos para que aconteça a democracia idealizada pelo republicanista, cobra-se não apenas a abertura para discussões, mas, ainda, que a democracia seja *inclusiva*, o que suscita preocupação para que todos os segmentos da sociedade sejam representados em todos os foros de deliberação – o que, de sua parte, motiva também propostas de composição dos tribunais tão representativa quanto possível das forças sociais existentes. Cf. Pettit. Republicanism... ob. cit., pp. 190-193.

viabilizem, de modo sistemático, que pessoas comuns contestem as decisões do Estado. A arquitetura do sistema jurídico deve estar concatenada segundo o propósito de ser *inclusiva*, no sentido de “propiciar que pessoas de todos os quadrantes sociais possam desafiar decisões tanto legislativas, como executivas, como judiciais”.<sup>334</sup>

Por essa perspectiva de democracia, portanto, pode-se encontrar esteio para a ponderação de bens e valores pelo juiz constitucional nos casos em que isso se mostre indispensável e desde que essas decisões sejam antecedidas de oportunidade de debate sobre os interesses em jogo. É imprescindível também que essas deliberações atentem para a necessidade de responder às considerações levantadas, por meio de uma fundamentação abrangente e clara, fazendo-se, em todo caso, passíveis de serem revistas, ante melhores razões.

Essas conclusões esboçadas são relevantes para acentuar a importância da fundamentação dos juízos constitucionais de ponderação e para justificar uma abertura de largo compasso para a participação de terceiros nos processos da jurisdição constitucional.

### **Jurisdição constitucional: democracias tradicionais e diálogo com o Legislativo - países redemocratizados e neoconstitucionalismo**

O debate sobre a compatibilidade da crítica judicial de decisões legislativas, com base em formulações de juízos de valor, com o sistema democrático vem

---

<sup>333</sup> Pettit argüi que “não haverá possibilidade de se garantir sistematicamente a oitiva dos interessados nas deliberações se os únicos procedimentos à mão envolverem o tumulto de protestos populares informais”. Pettit. Republicanism... ob. cit., p. 196.

<sup>334</sup> Pettit. Republicanism... ob. cit., p. 277.

motivado outras tantas perspectivas de estudo e inspirando matizes diferenciados para a jurisdição constitucional e para o juízo de ponderação que ela é chamada a exercer.

É digna de nota a experiência concreta que se desenvolve no Canadá de tentativa de diálogo entre o tribunal e o legislador em torno da interpretação da Constituição, em especial nos casos difíceis.

Na Europa, por outro lado, chama a atenção o ardor com que os países que no final da década de 1980 voltaram-se para o sistema democrático de governo adotaram a jurisdição constitucional e a ponderação de valores como meios de preservação e de fomento do novo modo de convivência política. Na Europa continental que retomou a democracia após a 2ª Guerra Mundial, alguns autores proclamam a ponderação de valores como atividade ínsita à jurisdição constitucional, no marco de constituições incorporadoras de valores morais e que se pretende efetiva. Afirmam que essa é a característica inafastável do que chamam de *neoconstitucionalismo*. Cabe repassar esses fenômenos.

### **A experiência canadense**

Com a promulgação, em 1982, da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, explicitou-se, no país da América do Norte, que as Cortes podem rejeitar a legislação que conflite com os direitos fundamentais. Isso significa adesão ao controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos do parlamento. Ao contrário do que ocorre na Grã-Bretanha, em que o Judiciário pode advertir o Parlamento de que editou lei contrária ao British Human Rights Act de 1998, mas não pode invalidá-lo (permitindo ao governo desprezar a admonição), o mecanismo canadense investe o juiz no poder de recusar valia e aplicação à lei contrária à Carta de direitos.

O mesmo diploma, porém, contém dispositivo que peculiariza esse controle. A

sua seção 33 sanciona o que se chama de “cláusula do não-obstante”,<sup>335</sup> por força da qual o parlamento federal e também o legislador local, se a legislação for estadual, podem declarar que o ato normativo será eficaz, não obstante a colisão com um preceito da Carta. Dessa forma, mesmo que os tribunais proclamem a inconstitucionalidade de uma lei, o legislativo que a promulgou pode-se valer da “cláusula do não-obstante” e superar a decisão judicial. A cláusula tem validade restrita no tempo, prolongando-se por 5 anos. Ao término do prazo, a cláusula deixa de valer e o ato legislativo judicialmente censurado deixa de operar, salvo se o parlamento reiterar expressamente a cláusula por outro quinquênio.<sup>336</sup>

A decisão judicial de declaração de inconstitucionalidade, portanto, perde eficácia se a cláusula for editada e enquanto estiver em vigor. O parlamento pode sobrepor-se à deliberação judicial.

A solução tem sido apregoada como uma fórmula *suave* de controle de constitucionalidade, em que se busca reduzir o desconforto que, em especial no mundo anglo-saxão, o controle de constitucionalidade, com a conseqüente supremacia do Judiciário, provoca.

No Canadá, justifica-se a solução encontrada, dizendo-se que ela abre um *diálogo institucional* entre os poderes e reduz o risco de situações abusivas. Alon Harel, que foi professor na Universidade de Toronto, liga o mecanismo referido a uma

---

<sup>335</sup> A notwithstanding clause está assim redigida: “Parliament or the legislature of a Province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that act or provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in Section 2 or Sections 7 to 15 of this charter.” Cláusula semelhante existe na Lei Básica israelense, conforme noticia Alon Harel em “Rights-Based Judicial Review: A Democratic Justification”, in *Law and Philosophy*, 2003, n. 22, p. 253.

<sup>336</sup> Isso o que resulta das subseções 3 a 5 da Seção 33 da Carta: 3. A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. 4. Parliament or a legislature of a province may

visão moderadamente cética com relação ao controle de constitucionalidade. Se se admite que o parlamento possa cometer excessos, desse risco não está tampouco indene o juiz constitucional, daí se entender que as decisões judiciais devem ser tomadas como admoestações para o Legislador, que pode, entretanto, de alguma forma, rejeitá-las.<sup>337</sup>

Autores canadenses, como Luc Tremblay<sup>338</sup>, Peter Hogg e Allison Bushell<sup>339</sup> consideram que a possibilidade de o Legislador sobrepujar a sentença de inconstitucionalidade constitui a inovação que o Canadá oferece para o debate sobre a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade. A novidade está no estabelecimento da fórmula de “um continuado diálogo, já que o Judiciário não tem necessariamente a última palavra com respeito a matérias constitucionais e a temas de política pública; o legislador quase sempre tem o poder de reverter, modificar ou nulificar a decisão judicial que fulminou uma lei e, assim, obter os seus objetivos de política social ou econômica”. Diz-se que, por isso, “a objeção contramajoritária ao controle de constitucionalidade não mais pode ser sustentada”.<sup>340</sup>

A expressão “diálogo institucional” se refere a essa possibilidade de a legislatura se aparelhar para responder à decisão de inconstitucionalidade, quer com a reformulação do diploma invalidado, quer com manifestação de preponderância da norma legislada sobre o juízo de inconstitucionalidade havido.

A virtude da solução canadense, segundo os seus adeptos, estaria sobretudo no

---

re-enact a declaration made under subsection (1). 5. Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

<sup>337</sup> Harel. “Rights-Based...”, ob. cit., p. 252.

<sup>338</sup> Luc Tremblay. “The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures”. *International Journal of Constitutional Law* (I·CON), vol. 3, n. 4, 2005, pp. 617–648.

estímulo ao debate. Ressalta-se o proveito de uma “prática judicial em interpretar os direitos que chame a atenção da legislatura para valores fundamentais que tendem a ser ignorados ou minorados no curso do processo legislativo”.<sup>341</sup>

Aponta-se que a vantagem do controle judicial da lei está em pressionar o legislador a ser racional, máxime quando lança medidas capazes de interferir sobre os direitos declarados na Carta. Enfatiza-se o caráter benfazejo de esse cotejo da lei com os direitos fundamentais ser efetuado por um ramo do Poder Público “politicamente insulado”, não sujeito às contingências de momento do Legislativo. O envolvimento do Judiciário na definição dos direitos seria, desse modo, “vital para uma teoria da justiça moralmente orientada”.<sup>342</sup>

O propósito básico do diálogo seria assegurar que a Corte, quando derrubasse uma lei, provesse uma explicação para isso, influenciando, desse modo, o traçado da legislação futura de implementação dos direitos fundamentais, na medida em que novas leis poderão ser promulgadas nos moldes aceitos pelo Tribunal. Isso não excluiria a hipótese de os representantes do povo, em seguida a um mais aprofundado debate público, insistirem no diploma repellido, por meio da “cláusula do não-obstante”. Ganharia a vida democrática, uma vez que essa sobreposição da legislatura não é permanente, mas limitada no tempo, ensejando mais debate, e reflexão mais meticulosa sobre o assunto, antes de ser reiterada ou abandonada.<sup>343</sup>

---

<sup>339</sup> “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such A Bad Thing After All)”. *Osgoode Hall Law Journal*, n. 35, 1997, pp. 75 e ss.

<sup>340</sup> Tremblay. “The legitimacy...”, ob. cit., p. 617.

<sup>341</sup> Tremblay, “The legitimacy...”, ob. cit., p. 625.

<sup>342</sup> Colin Farrelly, “Civic Liberalism and the ‘Dialogical Model’ of Judicial Review” *Law and Philosophy* Vol. 25(5), 2006, p. 523.

<sup>343</sup> A propósito, Farrelly endossa a visão de que a possibilidade de o Legislativo se sobrepujar à decisão judicial produz “mais impacto positivo, ao encorajar mais discurso político sobre o significado dos direitos e a sua relação com as visões constitucionais em conflito, do que o monólogo judicial que resulta do regime de supremacia judicial” “Civic...”, ob. cit., p. 530.

A doutrina indica que a prática em torno da Seção 33 da Carta não tem sido notavelmente problemática, talvez porque pouco se recorre ao poder ali estabelecido. A maioria dos casos de disputa de constitucionalidade não produz a edição de ato normativo com a cláusula do não-obstante.<sup>344</sup> Num dos casos em que a cláusula foi empregada, porém, instalou-se considerável mal-estar político. Em 1988, o parlamento da província de Quebec respondeu com a cláusula da Seção 33 a uma decisão judicial invalidante de lei que proibia placas e letreiros comerciais escritos em língua inglesa. Ministros anglófonos se exoneraram de seus cargos em protesto e comerciantes de fala inglesa, logo adiante, apresentaram, com êxito, queixas de discriminação junto ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Afinal, a cláusula do não-obstante expirou em 1993, sem que a Província se animasse a reeditá-la, sobrevivendo outras peças legislativas asseguradoras da utilização de outras línguas, além do francês, nas relações comerciais.<sup>345</sup>

A teoria do diálogo institucional, porém, não tem escapado a críticas doutrinárias. Alguns censuram a aparência de arbitrariedade que a cláusula sugere. Jeremy Waldron, conhecido por não favorecer o controle judicial, criticou a Seção 33, porque, por esse meio, se diz que se procede a uma superação do direito contido na Carta, quando, segundo ele, o Parlamento estaria apenas expressando um desacordo com a visão judicial sobre o significado do direito.<sup>346</sup>

A crítica de Waldron, bem se vê, não se insurge contra a subtração do

---

<sup>344</sup> Farrelly, ob. cit., pp. 526-527, assegurando que “os legisladores relutam bastante em aplicar a Seção 33”.

<sup>345</sup> Kent Roach, “Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States”, *International Journal of Constitutional Law (I·CON)*, vol. 4, n. 2, 2006, p. 367.

protagonismo judicial na interpretação da Constituição, mas se volta contra o que lhe parecerá como timidez do método.

Outros pareceres negativos assinalam, diferentemente, a redução da importância da decisão do Judiciário e a frustração de expectativas geradas pela aparência de diálogo institucional. Lembra-se que a observância do critério de validade de uma lei decorre da sua sintonia com a Constituição e que o grau de legitimidade de um ato não se beneficia da circunstância de a própria lei estabelecer a sua legitimidade, sobrepassando a avaliação do Poder estranho ao processo legislativo.<sup>347</sup> O controle de constitucionalidade não há de ser justificado pela existência de um diálogo institucional; deriva a sua legitimidade, antes, da imparcialidade do Judiciário com relação ao processo legislativo. Além disso, o mecanismo da superação da decisão judicial importa custo político para a legislatura e exerce efeito inibitório sobre a fiscalização a ser exercida pela Suprema Corte.<sup>348</sup>

De todo modo, a Carta do Canadá impulsionou o controle de constitucionalidade naquele país e, assinalam Sweet e Mathews, deu entrada à estrutura do juízo de proporcionalidade nos julgamentos. Apontam os autores que no Canadá – como também como na África do Sul –, “tão logo os direitos fundamentais

---

<sup>346</sup> Jeremy Waldron, “Some Models of Dialogue Between Courts and Legislatures”. em *Supreme Court Law Review*, n. 7, pp. 36-37, citado por Kent Roach, ob. cit., loc. cit.

<sup>347</sup> Tremblay, ob. cit., p. 643.

<sup>348</sup> Nesse sentido, Roach, ob. cit., p. 368, e David Beatty, “The Canadian Charter of Rights: Lessons and Laments”. *The Modern Law Review*, vol. 60, 1997, p. 487, ponto em que verifica que, “comparada com outras Cortes no mundo, a ação da Suprema Corte do Canadá em termos de proteção de direitos constitucionais é tímida e não a lisonjeira. Na realidade, em alguns casos, a Suprema Corte do Canadá chegou a denegar ao povo direitos assentados em outras partes do Globo”. O professor da Universidade de Toronto registra o excesso na doutrina da deferência para com o Legislativo por parte da Suprema Corte. Em tema que envolva política social ou econômica, acusa a Corte de caracterizar essas leis como “essencialmente assunto de compromisso e de acomodação”, resultando no reconhecimento de “larga margem de apreciação para as legislaturas envolvidas”, numa autocontenção que, “mais frequentemente, significa nenhum controle de espécie alguma” (p. 493).

e o controle de constitucionalidade foram estabelecidos, as cortes superiores rapidamente adotaram o método da ponderação”.<sup>349</sup>

O juízo de ponderação é exercido dentro da fórmula dialógica que peculiariza o sistema em exame. Assim, como exemplo do que tende a acontecer, em 1997, a Suprema Corte canadense fulminou, por desatender à proporcionalidade, lei que proibia a publicidade de produtos à base de tabaco. Segundo o padrão da Corte, o legislador há de buscar, para os fins a que visa, a medida menos restritiva, gozando de certa margem de apreciação. Disse a Corte que, “se a lei recai sobre o âmbito das alternativas razoáveis, os tribunais não a criticarão apenas porque eles podem imaginar uma alternativa melhor. Mas, se o governo falha em explicar porque um meio significativamente menos intrusivo e igualmente efetivo não foi escolhido, a lei pode ser repelida”.<sup>350</sup> A legislação que proibia simplesmente toda a publicidade foi tida como excessiva interferência na liberdade de expressão. O parlamento se dedicou a elaborar uma nova lei, tentando seguir os critérios de proporcionalidade explicados no julgamento. Ouviu, em sucessivas audiências, especialistas em direito constitucional. Afinal, o diploma foi reescrito e reeditado. Foi novamente desafiado perante a Suprema Corte, que, desta vez, o considerou isento do vício da desproporcionalidade.<sup>351</sup>

A experiência canadense traz à lembrança sistemática que o Brasil conheceu na vigência da Constituição de 1937. Esse diploma permitia que o Parlamento, por maioria qualificada, suspendesse decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade de lei, confirmando a constitucionalidade do ato normativo. O mecanismo é

---

<sup>349</sup> Sweet e Mathews. “Proportionality balancing...”, ob. cit., p. 27.

<sup>350</sup> Cf. Sweet e Mathews. “Proportionality, balancing...”, ob. cit., p. 33.

minudenciado por Gilmar Ferreira Mendes. Dá notícia o Professor de Brasília que, “quando em 1939 o Presidente Getúlio Vargas editou o Decreto-Lei nº 1.564, confirmando textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a reação nos meios judiciários foi intensa”<sup>352</sup>. Ficava nítido que, “na verdade, se buscava a um só tempo, validar a lei e cassar os julgados”.<sup>353</sup> A justificativa para a inovação da Constituição de 1937 fora desenvolvida em Exposição de Motivos por Francisco Campos, que entendia ser esse o método democrático de preservar o poder popular. Para Francisco Campos, “a faculdade de interpretar final e conclusivamente a Constituição, só se justificaria atribuí-la em regime democrático ao Poder Judiciário se o método jurídico fosse de natureza puramente lógica ou dedutiva”. Uma vez que “a interpretação longe de ser passiva e neutra, é um processo de criação ou de elaboração ativa”, impunha-se a conclusão de que:

“Atribuir a um Tribunal a faculdade de declarar o que é constitucional, é, de modo indireto, atribuir-lhe o poder de formular nos termos que lhe parecerem mais convenientes ou adequados a própria Constituição. Trata-se, no caso, de confiar a um órgão que se não origina do povo, e que não se encontra sujeito à sua opinião, o mais eminente dos poderes, porque, precisamente, o poder que define os grandes poderes do governo e os grandes fins públicos a que se destina o governo. O controle judicial da constitucionalidade das leis é, sem dúvida nenhuma, um processo destinado a transferir do povo para o Poder Judiciário o controle do governo, controle tanto mais obscuro quanto

---

<sup>351</sup> Ambos os casos referidos no parágrafo são apresentados por Sweet e Mathews. “Proportionality, balancing...”, *ob. cit.*, pp. 32-34.

<sup>352</sup> Gilmar Ferreira Mendes. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 241.

<sup>353</sup> *id. ibidem*.

insusceptível de inteligibilidade pública, graças à aparelhagem técnica e dialética que o torna inacessível à compreensão comum”.<sup>354</sup>

Apesar da invocação de razões democráticas, o sistema da Constituição de 1937 serviu aos interesses da ditadura que se instaurara juntamente com o Estado Novo, produzindo esperado tolhimento sobre o ânimo do Supremo Tribunal Federal para contrastar outros atos federais com a Constituição. Não se olvide que o Congresso Nacional não se reuniu, durante a vigência da Constituição de 1937, somando-se, então, às atribuições do Poder Executivo todas aquelas do Legislativo. Assim, por ato monocrático do Presidente da República, superava-se qualquer declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Reforçou-se o regime anti-democrático.

Decerto que não se há falar em igualdade de circunstâncias políticas entre o regime brasileiro de 1937 e o canadense de hoje. Num cenário de ditadura, não se cogita de diálogo institucional entre os poderes.

A medida criada na década de 30 transformou em irrisão a idéia de supremacia do Judiciário. Não restaurou um equilíbrio de poderes, mas entronizou o Executivo como o poder único do Estado.

Uma solução como a canadense – é o que a comparação entre as experiências permite inferir – somente é pensável num quadro em que as instituições democráticas são firmes e merecedoras de confiança, em que o parlamento cumpre, desassombradamente, o papel de representação popular, e numa sociedade privilegiada por um espaço público livre e desenvolvido, efetivamente aberto para o debate de questões políticas relevantes.

---

<sup>354</sup> Gilmar Mendes aponta a fonte desse texto, intitulado “Diretrizes constitucionais do novo

As experiências democráticas não são, decerto, unívocas. Em países com tradição de respeito à representação popular, com partidos políticos estáveis, vinculados a programas coerentes e distintos, é de se esperar maior responsabilidade por parte dos parlamentos e uma sintonia mais afinada deles com a vontade popular. Nesses casos, compreende-se que as dificuldades contramajoritárias ligadas ao controle de constitucionalidade, em especial no que respeita a formulações de juízo de valor – e, portanto, o exercício de ponderações –, sejam mais sensíveis. As instituições democráticas, então, admitem que se confie mais generosamente, por meio de um controle de constitucionalidade menos severo, nos representantes do povo reunidos em parlamentos, reconhecendo-lhes mais ampla isenção ao controle estrito.

As novas democracias – tanto da América Latina, como da Europa do Leste – lidam, entretanto, com circunstâncias políticas diferentes. Nesses países, muitas vezes, antes da institucionalização democrática, havia uma aparência de democracia, de governo popular, até mesmo com eleições e parlamento em funcionamento. Essa aparência era, contudo, desmentida pela prática, a tornar irreal a presunção de que o processo legislativo comunicava virtude democrática às deliberações.

A redemocratização veio acompanhada de exigências de conteúdo democrático para as decisões públicas, que haveriam de respeitar efetivamente o princípio da igualdade, aborrecer privilégios e resgatar as liberdades diluídas sob o regime de força. Não por outro motivo, as constituições dos países latino-americanos<sup>355</sup> e do Leste Europeu ganharam forte colorido substantivo – fenômeno

---

Estado brasileiro”, na Revista Forense, n. 73 (1938), pp. 246-249.

<sup>355</sup> A propósito, Miguel Cabonell, “Los guardians de las promesas”. Revista Sistemas Judiciales. México, n. 7, junho de 2004. Carbonell estuda o caso do México, que toma como paradigmático da América Latina, distinguindo a situação de antes e de depois da tomada de consciência da materialização da Constituição e do papel do Judiciário na defesa e fomento

igualmente observado quando da democratização da península ibérica nos anos 1970. Nelas passou-se a inserir, e portanto a impor, o conteúdo das decisões a serem tomadas oportunamente pelo ramos políticos do Estado.

Uma certa decepção e suspeita com relação ao parlamento e ao Executivo, agravada pela falta de partidos solidamente estruturados, pode ser apontada como fator para que as expectativas populares se orientassem a um novo endereço, aquele dos tribunais constitucionais, fortalecendo essas Cortes e as elevando à condição de peças fundamentais para a preservação e fomento dos elementos democráticos da vida política.<sup>356</sup>

---

desses direitos, vistos como co-essenciais à democracia. Lembra como, antes disso, o Poder Judiciário era irrelevante para explicar o funcionamento do sistema político, atraindo escassa atenção dos teóricos. Liga a abertura comercial da região ao fenômeno, que responderia também às demandas de decisões ágeis de controvérsia, em que exista um mínimo de garantia de segurança jurídica. O período de consolidação da democracia, sustenta o autor, é marcado pela necessidade sentida de se conferir força ao “império do direito”, vencendo-se os acordos nebulosos político-partidaristas. Aponta que “na maior parte dos países que lograram avançar na consolidação democrática, criaram-se tribunais constitucionais, que atuaram como árbitros entre as partes em disputa pelo poder, deixando claro para todos os atores [do processo político] que os direitos dos cidadãos não podiam ser objeto de nenhum regateio político e nem estavam à livre disposição dos partidos com representação parlamentarista” (p. 7). O autor se refere a exemplos de jurisdição “que estiveram à altura dos tempos que lhes tocou viver”. Fala em decisões colombianas de proteção social e de correta distribuição de justiça no interior de comunidades indígenas do país, em decisões igualmente importantes da Costa Rica e no episódio em que o Tribunal Constitucional da Guatemala “parou um golpe de estado que o presidente Jorge Serrano DÍas quis dar em 1993”.

<sup>356</sup> A propósito, Kim Lane Scheppelle. “Democracy by Judiciary (or why courts can sometimes be more democratic than parliaments)”. Conferência em simpósio sobre cortes constitucionais na Universidade de Washington de 1º a 3 de novembro de 2001. O texto foi acessado em 18 de fevereiro de 2008 no sítio da internet <http://law.wustl.edu/higs/index.asp?id=1786>. Referindo-se aos países que integravam a antiga Europa comunista, a professora da Universidade da Pensilvânia anota que as novas constituições da região “provêm respostas para questões que, em democracias mais antigas, são dadas pelo legislador, mais do que pela constituição” (p. 7). A autora relata que na Europa do Leste e, sobretudo, na Hungria, local em que concentrou os seus estudos, “no período pós-soviético, os partidos políticos mais se assemelhavam a grupos de amigos que ingressavam na vida pública, em vez de um grupo de relativos estranhos unidos por um compromisso substantivo”. Os resultados prático para a vida democrática não foram alvissareiros e conduziu a população a depositar as suas esperanças na nova Corte Constitucional que entrou em funcionamento no primeiro dia do ano de 1990. A Corte determinou a independência do Judiciário com relação ao Ministro da Justiça (Executivo) e desmantelou o sistema de

Essa experiência prática, em que se nota a existência de uma Constituição entronizadora de valores e confiada na atividade jurisdicional de controle dos seus comandos, redundou numa vertente doutrinária que buscou prestar atenção e extrair todas as conseqüências desse quadro institucional, afastando-se de perspectivas proceduralistas, mais afeitas a democracias que não sofreram os traumas de períodos de arbítrio. Entendem-se melhor, assim, as propostas dos que falam hoje na existência de um *neoconstitucionalismo*.

### **Neoconstitucionalismo**

Do lado dos que defendem o juízo de ponderação, não podem deixar de ser mencionados os que se afirmam integrantes de uma cultura jurídica<sup>357</sup> que denominam

---

controle estatal da vida privada dos cidadãos, estabeleceu que qualquer decisão administrativa estava sujeita a controle judicial e aboliu a pena de morte. Abriu a comunicação social à iniciativa privada e, em nome do princípio da não-retroatividade, impediu vinganças contra agentes do antigo regime comunista (p. 13). Qualquer pessoa estava habilitada a peticionar perante a Corte Constitucional, independentemente de ter sofrido lesão de interesse pessoal (id). A Corte chegou a declarar a invalidade de algo em torno de um terço das leis levadas ao seu exame (p. 16), atingindo ponto político máximo com as decisões que invalidaram atos normativos tomados pelo novo governo, em atenção a sugestões da comunidade financeira internacional, como forma de lidar com uma inflação desenfreada e um súbito, intenso e insolúvel débito externo nos idos de 1995. As medidas altamente impopulares foram derrubadas na Corte, forçando a busca de soluções alternativas, como o lançamento do programa de privatizações, com vistas a arrecadar recursos destinados ao pagamento de dívidas externas. As decisões invocavam direitos sociais previstos na Constituição e o direito à segurança jurídica (pp. 17-31). A Corte granjeou o aplauso popular, e foi imediatamente saudada como o braço forte para a implantação de valores democráticos. “A função da Corte – comenta Scheppele – era proteger a democracia por meio da proteção de valores que a maior parte das democracias tradicionais toma como indiscutíveis”. Mais do que associada a eleições e a uma tônica na atividade parlamentar, “a democracia [na Hungria de então] ligava-se a um conjunto de direitos materiais a que os indivíduos sejam tratados decentemente e com respeito” (p. 32). A autora noticia que a partir da renovação da Corte, em 1998, por extinção dos antigos mandatos dos seus integrantes, o quadro mudou de tom, passando a corte a um retraimento significativo, decidindo número reduzido de feitos e frustrando expectativas com deliberações obsequiosas ao governo (p. 34).

<sup>357</sup> Sobre os variados empregos do termo “neoconstitucionalismo”, veja-se Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, in Miguel

de *neoconstitucionalismo*. Sob esse título autores de diversos matizes ideológicos<sup>358</sup> vêem no modelo constitucional europeu do pós-guerra um paradigma singular na História, marcado pela materialização das constituições, expressa por normas constitucionais densas de conteúdos significativos, proclamando direitos substantivos dos indivíduos, e não apenas cuidando de regular aspectos de procedimento do poder. O “momento neoconstitucionalista” também é tido como peculiar pela efetiva proteção das normas constitucionais por uma judicatura independente dos órgãos legiferantes. A isso se somaria uma doutrina comprometida em esmiuçar e prestigiar ao máximo o caráter vinculante dos direitos materiais (fundamentais) inseridos nas constituições. Reconhece-se que a garantia da Constituição não é a nota de exclusividade dos últimos 60 anos de vida constitucional, como tampouco se considera que as constituições desse período sejam as únicas a dispor normas de

---

Carbonell (ed). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri, Trotta, 2005, pp. 75 e ss. Sobre os traços que peculiarizam o fenômeno, remeto-me a Luis Prieto Sanchís. “El Constitucionalismo de los derechos”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 71, maio-agosto de 2004, pp. 47-72. Entre nós há o estudo de André Rufino do Vale, “Aspectos do neoconstitucionalismo”, *Revista Direito Público*. Porto Alegre: Síntese/IOB/IDP, n. 14, 2007, pp. 136-147.

<sup>358</sup> Deve ser acentuado que o termo *neoconstitucionalismo* não pode levar ao equívoco de supor que todos os autores empenhados na análise do Estado de Direito fundado numa Constituição dotada de conteúdo axiológico e protegida por um sistema de controle da efetividade dos seus comandos partilhem integralmente das mesmas expectativas que esses fenômenos do Estado do pós-guerra podem ensejar, nem tampouco que propugnem as mesmas soluções para os problemas que devem ser enfrentados. Basta, para o perceber, observar os nomes de alguns dos autores tidos como apanhados pela denominação “neoconstitucionalista”, como Gustavo Zagrebelski, J. Moreso, Luigi Ferrajoli, Luiz Prieto Sanchís, Miguel Carbonell, Paolo Comanducci, Luis Cruz e Riccardo Guastini. Dizem estar incluídos também no rol Ronald Dworkin, Robert Alexy e até Jürgen Habermas. Na realidade, é tão vasta a faixa de posturas desses diferentes autores diante dos fenômenos que caracterizam o Estado baseado na Constituição eficaz, marcada pelo vetor axiológico, que se é levado a atribuir serventia limitada para o neologismo, restrita para designar um corpo de doutrina engajado no exame das particularidades do sistema constitucional de molde europeu continental do pós-guerra. Há, entretanto, nesse grupo de autores alguns que se destacam pela maior ênfase na busca de uma visão global desses problemas sob o rótulo do termo *neoconstitucionalismo*. É o que acontece com Comanducci, Carbonell, Cruz e, especialmente, Prieto Sanchís. As próximas páginas se concentram na visão desses autores, marcadamente de Prieto Sanchís, o que se justifica pela relevância dos seus achados para a compreensão crítica dos fundamentos e problemas da ponderação.

caráter substancialmente espesso. “A novidade reside (...) na convergência de duas tradições constitucionais, o que permite conceber a Constituição, simultaneamente, como um limite ou garantia e como norma diretiva fundamental”<sup>359</sup>

O papel singular atribuído aos tribunais pelo neoconstitucionalista não deve causar surpresa. De modo inequívoco, afirma-se que o momento constitucional hodierno:

“reclama uma nova teoria do direito, assim resumida: mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção, onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos relevantes, onipotência judicial, coexistência de uma constelação de valores plurais, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar da homogeneidade ideológica”<sup>360</sup>

A “onipotência judicial” detectada e aconselhada é tanto mais sugestiva, na medida em que a materialização da Constituição traz consigo a irradiação dos seus comandos por todas as áreas do Direito. Diante, ademais, da preferência do constituinte por normas com características de princípios, e da margem aberta à discricionariedade, que resulta da adoção de normas de textura maleável, muitas vezes

---

<sup>359</sup> Luis Prieto Sanchís. “El Constitucionalismo de los derechos”, ob. cit., pp. 48-49. Rufino do Vale resume assim os marcos teóricos do neoconstitucionalismo, não obstante reconhecer a ecumênica proveniência ideológica dos seus cultores: “Esses pontos em comum, retirados de teorias cujas bases filosóficas são bastante ecléticas, podem ser sintetizados da seguinte maneira: a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral. Em suma, nas palavras de Prieto Sanchís, inspirado em Alexy, pode-se traçar o seguinte perfil do constitucionalismo contemporâneo: *mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; mais Constituição que lei; mais juiz que legislador*” (Vale, ob. cit., pp. 136-137).

<sup>360</sup> Luiz Prieto Sanchís. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madri, Trotta, 2003, p. 117.

em desarmonia com outras normas de igual *status* jurídico, o papel do juiz atinge relevância exponencial na definição dos direitos.

Ainda que não se deixe de reverenciar o parlamento, é para o juiz que se volta a atenção precípua do novo constitucionalista, como se nota nesta passagem de Prieto Sanchís, concordando em que “as decisões do legislador continuam vinculando o juiz, mas somente por meio de uma interpretação constitucional que este último efetua”.<sup>361</sup> A vinculação do juiz ao legislador, sob esse ângulo, não pode ser mais molificada. É o juiz quem decide, afinal, se haverá, ou não, de reconhecer como vinculante o que o legislador determinou. Por isso, Prieto Sanchís assevera que, sob o novo formato constitucional, “o protagonismo continua a ser do legislador democrático, mas a última palavra é dos juízes”<sup>362</sup>, admitindo, mais, em outro momento, que “a rematerialização da Constituição importa um deslocamento da discricionariedade da esfera legislativa para a Judicial”.<sup>363</sup>

A transferência de poder ao juiz que resulta do esquema identificado e louvado sobe de ponto, como consente Prieto Sanchís, já que, se é possível descrever em traços largos o significado de um direito inserido na Constituição, “isso não permite responder de forma exaustiva e conclusiva a questão sobre que condutas recaem no âmbito do direito ou dos limites”.<sup>364</sup> A dificuldade está em que “para determinar o contorno de um direito não basta invocar os enunciados que o reconhece, mas é preciso levar em consideração todos e cada um dos preceitos constitucionais”<sup>365</sup>. Para isso, toma-se o exercício da ponderação como imprescindível, mesmo sem se negar “o

---

<sup>361</sup> id., p. 121.

<sup>362</sup> id., p. 110.

<sup>363</sup> id., pp. 114-115.

<sup>364</sup> id., pp. 223-224

<sup>365</sup> id. *ibidem*.

caráter valorativo e de discricionariedade que a ponderação supõe<sup>366</sup>, conduzindo a que, por vezes, na Constituição *rematerializada*, seja “a lógica do legislador (...) substituída pela lógica do tribunal”.<sup>367</sup>

Busca-se neutralizar a objeção democrática ao Estado constitucional, no que este subtrai da regra das maiorias certos direitos e princípios proclamados pelo constituinte originário, com a observação de que a “rematerialização constitucional empresta dimensão substancial para a democracia”.<sup>368</sup>

Enfrentando o argumento contramajoritário, Prieto Sanchís ainda argúi que a objeção perde relevo, quando se revela que ela reduz realidade e ficção a um mesmo nível de exame. O ideal democrático que empolga a crítica se centra na ficção de que efetivamente a obra do legislador é a expressão da vontade geral, obscurecendo a realidade de que a lei é a obra de um órgão do Estado, o Legislador, que pode ser comparada com um diploma juridicamente superior, a Constituição, por outro órgão do Estado, a quem a Constituição atribui tal tarefa.<sup>369</sup>

---

<sup>366</sup> id. p. 203.

<sup>367</sup> Id., p. 167. Prieto Sanchís exemplifica, cogitando do princípio da igualdade: “por um lado, determinar que uma lei é desarrazoada ou arbitrária por ser discriminadora requer usar um critério material que é adotado pelo juiz a partir de fontes extraconstitucionais; de outro lado, em certos casos, o juízo de igualdade não se traduz na anulação de um preceito, mas em uma *manipulação* textual, que implica que o Tribunal legisla, positivamente” (id. *ibidem*). Vale observar que, também entre nós, conquanto ainda timidamente, abandona-se a idéia de controle de constitucionalidade como ato de legislação puramente negativo, para se assumir a sua feição positiva, em especial no que tange a hipóteses de inconstitucionalidade por omissão (a propósito, as decisões que conferiram novos rumos à jurisprudência do STF no MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgada em Plenário em 25.10.2007 e no MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, julgada em Plenário em 25.10.2007. Em ambos os casos, adotou-se o que o Ministro Gilmar Mendes caracterizou como uma “solução normativa e concretizadora para a omissão verificada”). O tema, portanto, assume incontestável atualidade também no nosso país.

<sup>368</sup> id., p. 105.

<sup>369</sup> Prieto Sanchís acredita, a esse respeito, que tanto o princípio democrático como o do constitucionalismo são devedores de ficções, que não precisam ser desprezadas, mas ser compreendidas sob o enfoque de elemento justificador que serve a ambos os princípios. Indica que ambos os princípios têm fonte na idéia do contrato social, “que evoca, por igual, o fundamento democrático do poder político e a sua limitação pelos direitos naturais” (ob. cit.,

Em homenagem ao princípio democrático, ademais, reconhece-se que a prioridade na ponderação, em havendo mais de uma solução possível, cabe ao legislador, que também coteja princípios conflitantes, quando edita leis, concretizando a Constituição. Se essa ponderação se mostra adequada aos limites fixados pelos marcos constitucionais, ela “vincula o juiz e torna supérflua a ponderação deste com respeito às circunstâncias e propriedades descritas na lei”.<sup>370</sup>

Os que falam em neoconstitucionalismo assumem que a discricionariedade do juiz é ampla, sobretudo nos casos de ponderação, mas não vêm nisso causa para alarme, já que essas deliberações se legitimam pela “depurada argumentação racional” em que se fundam.<sup>371</sup>

A necessidade da ponderação decorre, segundo sustentam, da inserção de princípios conflitantes no texto da Lei Maior, no qual não se vislumbra um sistema hierarquizado, mas se repara uma pluralidade, tendencialmente contraditória, “que parece responder a um esquema de valores e ideologias diferentes e em tensão, uma ‘desordem’, a ser harmonizada pelo juiz”.<sup>372</sup>

---

p. 147). É claro que entre os elementos que configuram o princípio do constitucionalismo está, a seu ver, o controle de constitucionalidade e o emprego do método da ponderação.

<sup>370</sup> Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional...*, ob. cit., p. 172. Esse é um tema encarecido por Robert Alexy, como será visto mais adiante.

<sup>371</sup> Prieto Sanchís observa que “a discricionariedade do legislador era imotivada, justificada pela sua legitimidade democrática; a do juiz deve ser acompanhada por uma depurada argumentação racional” (*Justicia constitucional...*, Madri, Trotta, 2003, p. 115).

<sup>372</sup> id., p. 125. Na página anterior, o autor menciona exemplos de várias sortes de conflitos de princípios, que afloram da assunção, pelo constituinte, de perspectivas pelo menos potencialmente antagônicas. Lembra que “as constituições estimulam medidas de igualdade substancial, mas garantem também a igualdade jurídica, ou formal, e é absolutamente evidente que toda política orientada em favor da primeira há de tropeçar com o obstáculo que supõe a primeira; (...) a cláusula do Estado social, que compreende distintas diretrizes de atuação pública, necessariamente há de interferir sobre o modelo de constitucional da economia de mercado, sobre o direito de propriedade ou sobre a autonomia da vontade e, desde logo, há de interferir sobre as antigamente indiscutíveis prerrogativas do legislador para desenhar a política social e econômica”.

Essa “desordem” figuraria um despropósito, se as normas constitucionais estivessem todas elas sob a vestimenta de regras, e, não, de princípios.<sup>373</sup> A formulação das normas constitucionais como princípios permite que as contradições não importem a supressão de uma norma em favor da outra em todos os casos. A ponderação permite que os preceitos rivais prossigam válidos, estabelecendo apenas que, “no caso concreto, e de modo circunstancial, um [princípio] triunfe sobre o outro”.<sup>374</sup> Essa ponderação é incompatível com uma perspectiva de aplicação do direito toda baseada em técnica de subsunção.

Os autores que se auto-proclamam neoconstitucionalistas não recomendam a desvinculação do juiz à lei; por isso, recusam a postura do Direito Livre, à moda de Kantorowicz. A discricionariedade do julgador seria limitada pelos princípios e pela necessidade de fundamentação dos juízos, segundo uma racionalidade teleológica. “Se há algo que muda o panorama jurídico sob uma Constituição de princípios garantida por mecanismos jurisdicionais — diz Prieto Sanchís — é precisamente o papel que há de assumir a argumentação jurídica”.<sup>375</sup>

É útil acompanhar como os autores em revista enfocam a ponderação.

O juízo de sopesamento é tomado como método de solução de conflito normativo, distinguindo-se da subsunção no seu modo de ser, estilo e conseqüências.

---

Prieto Sanchís, com a cautela retórica de admitir eventual exagero, afirma que “quase se poderia dizer que não há norma substantiva da Constituição que não encontre diante de si outras normas capazes de subministrar razões para uma solução contrária” (id., p. 124).

<sup>373</sup> Prieto Sanchís parte da definição, na linha de Alexy, de princípios como ordens de otimização e de regras como preceitos que não admitem graduação na sua observância. Importa notar que, para Sanchís, a diferença entre regra e princípio se mostra na aplicação do direito e não em abstrato. O ponto focal deve ser o conflito normativo considerado, que pode levar a uma solução de ponderação (por se verem princípios nas normas) ou de exclusão (por se ver uma regra na norma constitucional). Para ilustrá-lo, indica que a igualdade, habitualmente um princípio, pode também funcionar como regra, para impedir que medida de segregação racial tenha entrada no regime jurídico (id., p. 187).

<sup>374</sup> Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional...*, ob. cit., p. 126.

Riccardo Guastini<sup>376</sup> estuda as características típicas da colisão de princípios, que chama à cena o juízo de ponderação, e apresenta esse conflito como caso de antinomia entre normas vigentes de mesmo grau hierárquico. Podem ocorrer, segundo descreve, em abstrato ou em concreto. A antinomia será abstrata, se puder ser identificada já no plano da interpretação textual, flagrando-se uma superposição de hipóteses de fato de normas diferentes. As mais freqüentes, todavia, seriam as antinomias em concreto, contingentes, em que duas normas encaminham soluções incompatíveis a uma mesma situação de fato. Nesse caso, a antinomia aflora do contato das normas com o caso. Não há conflito de conceitos abarcados pelas normas, mas os resultados da aplicação dos preceitos na espécie são inconciliáveis.

Deve-se ter presente que, para os autores, a ponderação é o método da solução de colisão de princípios – e, não, critério para resposta a incompatibilidades entre regras.

Regras e princípios são formas de normas jurídicas e a distinção entre ambas é, portanto, fundamental para a análise do juízo de ponderação.

De logo, uma questão se propõe inadiável – a que se refere a como reconhecer numa norma um princípio ou uma regra.

Por vezes, a alta densidade normativa do preceito encaminha o intérprete a tratar o enunciado normativo como uma regra. Nem sempre, contudo, o critério é bastante. A dificuldade é reconhecida, acentuando-se que não será infreqüente, em abstrato, enfrentar perplexidades na tarefa de identificar numa norma a imperiosidade imediata de uma regra ou a flexibilidade de um princípio. Daí, Prieto Sanchís insistir

---

<sup>375</sup> id, p. 133. Da mesma forma, em outras passagens, como às pp. 133-134.

<sup>376</sup> A esse propósito, Riccardo Guastini. Estudios de teoría constitucional. México: Fontamara, 2003, pp. 142-147.

em que o mais correto seria “afirmar que certos conflitos normativos hão de se resolver ao modo [da ponderação] e que, então, as normas recebem o nome de princípios”.<sup>377</sup> Portanto, para Sanchís, somente se a solução do problema preferir um enfoque de aplicação gradual da norma é que esta há de ser considerada um princípio. Isso equivale a apregoar que uma regra deverá ser lida como princípio se a ponderação for recomendada pelos resultados a serem colhidos pelo raciocínio jurídico – e, não, o contrário, como seria de se esperar. A seguir essa doutrina, não é a natureza da norma que define o critério de solução do problema, mas é a solução desejada que rotulará a norma como princípio ou regra.

Esse enfoque expõe-se, já se vê, à fácil crítica de que, não se baseando num parâmetro distintivo preestabelecido, obscurece a diferenciação entre regras e princípios, reforçando as objeções de racionalidade deficitária que a ponderação atrai.<sup>378</sup>

Por outro lado, um mesmo preceito pode ser tido como regra ou como princípio, e o exemplo da norma sobre igualdade, lançado por Prieto Sanchís, o comprova. Uma solução melhor talvez esteja em considerar que certos significados do enunciado normativo ora se assumem como regras, ora como princípios. Essa perspectiva se beneficia da consideração de que a norma é o resultado da interpretação

---

<sup>377</sup>Prieto Sanchís, Justicia Constitucional..., ob. cit, p. 187. Na mesma página, o autor exemplifica: “vimos que a igualdade do art. 14 [da Constituição espanhola] é um típico caso de estrutura principiológica, mas não cabe excluir que funcione como regra; assim, se se pretende dar entrada na Constituição ao regime de *apartheid* ou segregação racial, um dos dois haveria de resultar necessariamente inválido ou operar como exceção permanente”.

<sup>378</sup> O problema, na realidade, ganha vulto teórico mais aprofundado com a crítica de Aarnio à consistência metodológica da distinção entre regras e princípios. Do ponto de vista lingüístico, Aarnio nega que haja a diferença entre tais normas, anotando que, “habitualmente, a formulação dos princípios é mais geral que as das regras. Isso não obstante, também as regras são, às vezes, vagas ou difíceis de serem dilucidadas”, lembra a propósito as regras plasmadas em textura aberta. (Aulis Aarnio. Lo racional como razonable. Madri: Centro de

de um enunciado normativo, o que enseja que um mesmo enunciado produza mais de uma norma.<sup>379</sup> Se o artigo da Constituição é um texto, dele se pode deduzir uma ou mais normas, sempre com atenção ao caso concreto a que a atividade interpretativa visa. Por isso - e só então a afirmação se torna sólida -, de um mesmo preceito normativo é possível colher uma regra (que valerá como tal para certas circunstâncias que interferiram no processo interpretativo) e um princípio.

Vista a norma resultante de um preceito como um princípio, prestar-se-á ao juízo de ponderação, quando entrar em colisão com outra norma de igual feitio.<sup>380</sup> A solução do conflito, idealmente, há de ser feita com a restrição mínima de um princípio em favor daquele de maior peso – solução que valerá para as circunstâncias analisadas, não se credenciando a assertiva de “que sempre um valor há de preferir ao outro”.<sup>381</sup> O intérprete, por isso, formula um enunciado de preferência condicionada,

Estudios Constitucionales, 1991, p. 143). Haveria, então, uma gradação de normas entre extremos de regra e princípios, mas não uma distinção nítida e definitiva entre eles.

<sup>379</sup> Não é objetivo deste trabalho revisitar teorias sobre normas jurídicas. Aceitamos, como resulta do parágrafo, a concepção, que se vem firmando na atualidade do pensamento hermenêutico jurídico, de que há uma diferença entre norma e texto da norma, sendo aquela o fruto da interpretação deste. Bastam-nos, citando-as como feliz síntese de todos os demais estudos que esse modo de ver congrega, as contribuições de Eros Roberto Grau sobre interpretação e concretização do direito. Lembra Eros Grau que “a norma é constituída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito” (Eros Roberto Grau. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2003, p.25). “Aparecem de modo bem distinto (...) o texto e a norma. Texto e norma não se identificam: o texto é o sinal lingüístico; a norma é o que se revela, designa. (...) A interpretação, destarte, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser – a interpretação – uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas” (id., p. 79). “As normas, portanto, resultam da interpretação” (id, p. 80). “Vale dizer: a norma encontra-se (parcialmente) em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição); o intérprete a desnuda” (id., p. 81). “É que a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual ela será aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser)” (id. p. 82).

<sup>380</sup> Esse juízo de ponderação, lembra Prieto Sanchís, também é referido como razoabilidade, proporcionalidade ou interdição de arbitrariedade” (Prieto Sanchís. Justicia Constitucional..., ob. cit., p. 189.

<sup>381</sup> id., p. 189.

traça, assim, uma “hierarquia móvel ou axiológica”<sup>382</sup>. A regra que resultará da ponderação vale para as circunstâncias tomadas em consideração ao se avaliar o peso dos princípios em atrito.

A ponderação, assim, “intenta ser um método para a fundamentação desse enunciado, de preferência referido a um caso concreto”.<sup>383</sup> A ponderação como método não explica, teoricamente, porque um princípio há de pesar mais do que o outro, apenas traça um campo de debate para que se apontem os pesos de cada princípio no seu confronto recíproco, já que não existem normas de segundo grau que classifiquem as forças diferentes dos princípios em colisão.<sup>384</sup> É da aceitação de que a Constituição não estabeleceu entre os princípios em choque uma hierarquia predeterminada, e de que eles estão vocacionados para a máxima realização possível, no plano dos fatos e no contexto normativo de que fazem parte, que resulta a necessidade da ponderação. Por isso, a ponderação não dispensa a proporcionalidade, o esforço por “construir uma ordem de preferência adequada a um caso concreto”.<sup>385</sup>

A ênfase no caso concreto não conduz a uma redução cética de todo raciocínio jurídico a considerações de ordem *ad hoc*, ao *particularismo*. Afirma-se, em contrário a isso, que não se despreza uma tentativa de universalização no arremate do processo, na medida em que “a decisão sobre um caso concreto somente pode reputar-se correta

---

<sup>382</sup> Guastini reduz a ponderação justamente à prática de “instituir entre os princípios em conflito uma *hierarquia axiológica móvel*”, conceito que associa a uma relação de valor instituída pelo intérprete, precisamente mediante um subjetivo juízo de valor” (Estudios..., ob. cit., p. 145). Não causar surpresa a tranqüila admissão da têmpera subjetiva da atividade de ponderação num autor que adere, sem pejo, ao voluntarismo na interpretação do direito. Guastini prossegue, explanando que “instituir uma hierarquia axiológica consiste em atribuir a um dos princípios em conflito um peso maior, quer dizer, um maior valor, comparativamente ao outro. O princípio dotado de maior valor prevalece, no sentido de que é aplicado; o princípio axiologicamente inferior sucumbe – não no sentido de que resulte inválido ou revogado, mas no sentido de que é deixado de lado” (id., p. 145).

<sup>383</sup> Prieto Sanchís. Justicia Constitucional..., ob. cit., p. 189.

<sup>384</sup> id. *ibidem*.

se for possível considerá-la como uma instância de uma generalização (...), se resultar suscetível de universalização consistente”.<sup>386</sup>

A ponderação, assim compreendida, está na base dos mais polêmicos juízos de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, justamente, porque aí se enredam argumentos *prima facie* válidos, embora contraditórios nas soluções divergentes em que redundam. Nesses casos difíceis, a constitucionalidade da lei vai depender da ponderação dos princípios constitucionais em disputa. “O que se pondera, na realidade, não é a lei, nem o ato ou a conduta, mas são os princípios constitucionais que militam contra ou a favor dos mesmos”.<sup>387</sup>

A necessidade da ponderação para solucionar conflito entre princípios vale igualmente para o legislador, a quem não se franqueia a edição de norma geral que resulte, na prática, na exclusão, em abstrato, de toda força normativa de um dos princípios em jogo – prática que implicaria arrogar-se o legislador uma prerrogativa somente admissível ao poder constituinte. Haverá, no entanto, um momento para o juízo de ponderação a ser desempenhado pelo juiz, uma vez que o legislador não pode eliminar toda a colisão mediante norma geral.<sup>388</sup> Além disso, a própria ponderação pelo legislador pode ensejar ataque em controle de constitucionalidade, com base, exatamente, em uma ponderação alternativa acaso mais requintada.

A ponderação, assim, revela limites para a ação do legislador, ressaltando Sanchís que a própria ponderação se detém, contudo, diante do núcleo essencial do

---

<sup>385</sup> id., p. 191.

<sup>386</sup> id. p. 194.

<sup>387</sup> id. p. 195.

<sup>388</sup> id. p. 195.

direito fundamental, insuscetível de preterição.<sup>389</sup>

Reconhece-se que a ponderação não garante uma resposta sempre previsível para todo problema concreto, mas se diz que não lhe falta racionalidade mínima, advinda do esforço argumentativo exigido para se alcançar um resultado que se possa tornar uma regra, compatível com o critério da universalização. Com isso, as críticas de subjetivismo seriam matizadas, ainda que não totalmente eliminadas.

O prestígio da teoria dos princípios e o recurso à ponderação, seria benigno para o próprio Estado de Direito, na medida em que a ação dos poderes públicos se vê conclamada a refinar-se em grau de racionalidade – e isso como requisito para a sua validade, que não mais se confunde com a mera origem da lei no parlamento. O consenso informado e discutido institui um novo grau de aferição de legitimidade das ações públicas.<sup>390</sup>

Enfim, também a árdua questão dos limites dos direitos fundamentais somente por meio da ponderação encontraria um esquema de raciocínio apto para produzir resultados aceitáveis.<sup>391</sup>

O enfoque dito neoconstitucionalista favorece a ponderação, tendo-a como indispensável e incontornável. Por isso mesmo, nos escritos correspondentes, as reflexões que o tema sugere não se concentram tanto na legitimidade do método, que é tomado como necessário. Antes, buscam-se esmiuçar as características do exercício

---

<sup>389</sup> Prieto Sanchís sustenta que a teoria do núcleo essencial constitui limite para ponderação: “Qualquer que seja o seu discutido alcance [do núcleo essencial], deve ao menos servir como contraponto aos argumentos ponderativos; seria algo como a tradução jurídica da velha pretensão de os direitos se situarem como direitos absolutos, à margem das disputas políticas e do cálculo dos interesses sociais, por importantes que estes possam ser”. O autor diz também que outro limite, que seria idêntico a este, seria o do próprio escopo da ponderação, que não pode levar ao estabelecimento de uma cláusula de exceção – o que supõe tarefa constituinte. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional...*, ob. cit., p. 203.

<sup>390</sup> A propósito, Prieto Sanchís, *Justicia constitucional...*, ob. cit., em especial, às pp. 205-216.

da ponderação, com detimento nas suas potencialidades para o aplicador do Direito. É notável a ênfase sempre posta na relevância da argumentação para o juízo de sopesamento. Chama a atenção, porém, o fato de não se dedicar espaço maior para se pormenorizar o que se exige para se obter uma boa fundamentação. Acentua-se que o exercício da ponderação deve ser cuidadosamente elaborado, mas se relega a análise das condições de racionalidade do discurso de ponderação. Esse é um tema, contudo, que vem atraindo o esforço do mais expressivo nome na teorização sobre a ponderação, Robert Alexy. Antes de entrar no estudo da teoria de Alexy, contudo, convém referir o pensamento, também derivado de uma concepção da Constituição como instrumento jurídico composto por regras e princípios, que não leva, todavia, à adesão ao método da ponderação. Vale um relance de olhos sobre alguns aspectos da teoria de Ronald Dworkin, com relação aos quais o debate sobre a ponderação não se pode mostrar indiferente.

## **Fecho**

Se a ponderação como método para solução de problemas constitucionais atrai críticos, também reúne opiniões respeitáveis em seu abono.

Entende-se que o balanço de valores e interesses é incontornável nos casos difíceis – aqueles em que não é possível encontrar a solução justa por mera subsunção, por não ser unívoca a premissa maior do raciocínio, por isso que dependente de hierarquização de princípios não estabelecida prévia e definitivamente.

A importância do juízo de ponderação é acentuada por doutrinas e filosofias

---

<sup>391</sup> É o que Prieto Sanchís discute no seu Justicia constitucional..., ob. cit., em especial às pp.

distantes entre si e por motivos nem sempre equiparáveis.

Enfatiza-se que, numa sociedade plural, valores colidentes podem ser relevantes num mesmo contexto, gerando, contudo, soluções inconciliáveis. Recusar a ponderação seria equivalente a negar a evidência do pluralismo e corresponderia a uma tentativa vã de escamotear os conflitos da vida social. Assumi-la, revelaria a existência de conflitos axiológicos e a necessidade de enfrentá-los com racionalidade, do modo mais imparcial possível.

A ponderação, a par disso, favorece um juízo que tende a se tornar aberto a múltiplos pontos de vista, já que não se consuma validamente sem que se contemplem os argumentos de todos os interessados. Facilita, assim, a consecução de ideais democráticos de participação ampla nos processos deliberativos públicos, prestando reverência ao anseio de igual respeito a todos os homens e às suas aspirações.

A ponderação, sustentam os comunitaristas, fortalece argumentos voltados para preocupações com a igualdade social. Diz-se, na mesma toada, que, ao focar primordialmente o caso concreto, o juízo de ponderação abre maior possibilidade de justiça para os litigantes. O método assegura, por outro lado, possibilidade mais concreta de ajustes do ordenamento jurídico às evoluções da sociedade. Estimula, enfim, o controle do exercício do poder, favorecendo a fiscalização democrática — elemento central para a visão republicanista —, máxime se a ponderação se realizar num ambiente *inclusivo*, acolhedor de uma ampla participação dos cidadãos.

É sensível a preocupação de vários dos adeptos da ponderação judicial em conciliá-la com o postulado democrático-representativo de respeito ao Legislador, visto como o ator privilegiado no processo de estabelecer de valores e de minudenciá-

los. A inquietação produz experiências como a do Canadá, voltada a mitigar a supremacia do Judiciário na formulação de juízos de valor. Intenta-se, ali, entabular um diálogo institucional entre Legislativo e Judiciário, mediante a possibilidade de revisão, pelo próprio parlamento, da lei censurada pela Corte e pela possibilidade de se superar a decisão judicial, mantendo-se a opção legislativa criticada, ao menos durante um certo tempo. Dessa forma, argúi-se, prolonga-se o debate público sobre a valoração em causa e se enseja solução mais solidificada nas convicções da sociedade.

A experiência canadense minora o mal-estar provocado pela atuação contramajoritária, mas não exprime solução de eficácia universal. Num clima de menor tônus democrático, tentativas baseadas nesses mesmos pressupostos teóricos, podem reforçar estruturas autoritárias.

Em Estados de democracia jovem, que conviveram com recentes situações de arbítrio institucionalizado ou de democracia meramente semântica, as aspirações populares voltam-se, ordinariamente, para uma Constituição produzida sobre bases infladas de valores e pendem de expectativas de sua concretização pela jurisdição constitucional. Nesses Estados, a acolhida da ponderação como método de solução judicial de casos difíceis, é menos resistida e encontra o auxílio de uma doutrina aplicada em desenvolver-lhes as particularidades. Tal doutrina mostra-se útil para se conhecer em maior profundidade o mecanismo metodológico por que se exprime o juízo de ponderação. É marcada a ênfase na necessidade de a decisão por ponderação se desenrolar sob parâmetros de racionalidade, como requisito mesmo da sua legitimação. Essa racionalidade deve levar em conta a realidade principiológica que embasa as questões a serem resolvidas pela ponderação. Isso não obstante, ainda resta por fixar marcos para se discernir em que consiste a racionalidade que se atribui à ponderação, até para que não seja confundida com um método puramente

particularista, insuscetível de controle por critérios de universalização. Os próximos capítulos cuidam dessa temática.

## **CAPÍTULO 4 – A ponderação e o tema da existência de uma única resposta correta – aprofundando o entendimento do juízo de ponderação**

A necessidade de descobrir uma metodologia adequada para a ponderação, resulta do imperativo de se lhe conferir substrato de racionalidade. Justificar as decisões tomadas é componente vital para a própria legitimidade desse juízo. A possibilidade de que várias respostas sejam admissíveis para um mesmo problema - aspecto dramático suscitado pelo método do sopesamento -, não se conjumina com as expectativas dos litigantes num processo, e, mesmo dos cidadãos em geral, que desejam conhecer o que é o direito, o que é devido, permitido ou proibido em cada caso. Aulis Arnio, por isso mesmo, verifica que “o problema da única resposta correta se mostra não somente no âmbito judicial, mas também no âmbito da ciência jurídica”.<sup>392</sup> O problema da resposta correta move doutrinas de indisputável relevo para a avaliação dos pressupostos e para o equacionamento de problemas relacionados com a ponderação. É útil, até pelos desdobramentos de intenso significado das suas doutrinas, visitar algumas das idéias de Dworkin e de Alexy a esse propósito.

### **Dworkin – suas posições básicas e críticas**

O juízo de ponderação, como entendido hoje, vincula-se à idéia de que as normas podem assumir a forma de princípios, comportando, por isso, mitigação na

intensidade de sua incidência sobre casos concretos, quando em conflito com outras normas, mantendo, contudo, a sua validade jurídica.

A teoria das normas como princípios, distintos das normas-regras, é devedora dos estudos de Ronald Dworkin. Um princípio normativo e uma regra se assemelham – ensina o professor de Nova York –, porquanto ambos estabelecem obrigações jurídicas, mas se estremam no aspecto do tipo de diretiva que apresentam.<sup>393</sup> A regra se aplica segundo o *modo do tudo ou nada*, a aplicação é, pois, disjuntiva. “Se os fatos que uma regra estipula ocorrem, então ou a regra é válida, e a solução que dela resulta deve ser aceita, ou não é válida, e não contribuirá em nada para a decisão”.<sup>394</sup> As regras, ainda, comportam exceções que podem ser arroladas e enumeradas. Um conflito entre regras resolve-se pelos critérios clássicos de solução de antinomias (hierárquico, da especialidade e cronológico). Já os princípios não desencadeiam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente da ocorrência da situação de fato a que aludem.<sup>395</sup> Daí resulta que os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso. Quando os princípios interferem uns nos outros, “deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um”.<sup>396</sup> Isso, admitidamente, não se faz por meio de critérios de mensuração exatos, mas segundo a indagação sobre quão importante é um princípio ou qual o seu peso numa situação observada.<sup>397</sup> Não se resolvem os conflitos entre princípios, tomando um como exceção ao outro. O que ocorre é um confronto de pesos entre as normas que se

---

<sup>392</sup> Aulis Aarnio. “La Tese de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”. *Doxa*, vol. 8, 1990, p. 27.

<sup>393</sup> Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978, p. 24.

<sup>394</sup> Dworkin, *Taking...*, ob. cit., p. 24.

<sup>395</sup> id., p. 25.

<sup>396</sup> id., p. 26

cotejam.

Dworkin também diferencia *princípios* de *políticas*. Aqueles possuem uma dimensão moral, uma exigência de justiça, de equidade e de respeito à dignidade humana. A *política*, de seu turno, busca obter um determinado objetivo, para se atingir uma situação política, social, econômica, desejável.<sup>398</sup> Uma decisão *política* se toma “por meio de um processo político orientado para produzir uma expressão precisa dos diferentes interesses que devem ser tomados em conta”.<sup>399</sup> De outro modo, o argumento de princípio se fixa em interesses alegados, “que são de tal índole que tornam irrelevante o refinamento de qualquer argumento de política que possa a ele se opor”.<sup>400</sup>

A separação entre regras e princípios feita por Dworkin atende a um propósito de crítica ao positivismo (bem como ao utilitarismo), justamente em ponto-chave para a tese da existência de uma resposta correta para cada desafio jurídico.

Os positivistas consideram que, além de um conjunto de sentidos bem definidos que se pode extrair das normas, resta, por vezes, uma zona de penumbra, caracterizada pela falta de norma encontrável pelos métodos tradicionais para regular a situação mais complexa. Não haveria uma diretriz estabelecida para a solução da controvérsia. Nessas hipóteses, o juiz gozaria de discricionariedade para decidir como

---

<sup>397</sup> id., p. 27.

<sup>398</sup> “Princípios são argumentos que descrevem direitos; políticas são proposições que descrevem metas” Dworkin, *Taking rights...*, ob. cit., p. 90. O autor exemplifica na mesma página: “(...) a liberdade de expressão é um direito, e não uma meta, porque os cidadãos têm o direito a tal liberdade como resultado de uma moralidade política, e um incremento na produção de munições é uma meta, não um direito, porque esse incremento contribui para uma guerra, mas nenhum fabricante tem direito a um contrato com o governo [para produzir mais munição]”.

<sup>399</sup> id., p. 85.

<sup>400</sup> id. *ibidem*.

lhe parecer mais apropriado.<sup>401</sup> Essa discricionariedade seria a contrapartida da inexistência de somente uma resposta correta, extraída do direito posto — ainda que, como salientam alguns positivistas, essa liberdade não seja completa, nem se reduza a um capricho, uma vez que encontra limites que estreitam o seu escopo.<sup>402</sup>

Dworkin não admite a *discricionariedade forte*, equivalente a uma audaciosa liberdade de escolha de significados normativos, que os positivistas advogam. O Direito nunca seria incompleto. Os princípios, considerados na sua globalidade, com a sua carga moral, proveriam a resposta correta, passível de ser encontrada em situação ideal de discurso.<sup>403</sup> A desatenção dos positivistas para esse ponto explicaria a capitulação à discricionariedade que assinam ao juiz nos casos difíceis, com a qual Dworkin não condescende.

Numa visão holística, Dworkin integra os princípios, com os seus arranjos de significados morais, ao sistema jurídico, tomando-os, portanto, como princípios do próprio Direito. Salienta Habermas a esse respeito, que “a teoria dworkiana apóia-se na premissa segundo a qual há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência,

---

<sup>401</sup> A propósito, Hart, em tom de abono, cita Greenawalt, para quem a “discricionariedade existe quando não há nenhum procedimento prático para determinar se o resultado é correto, juristas competentes discordam do resultado correto e a decisão do juiz por qualquer dos lados não pode ser considerada como um fracasso no desempenho das suas responsabilidades judiciais”. H. L. A. Hart, “The nightmare and the noble dream”. *Georgia Law Review*, vol. 11, n. 5, setembro de 1977, p. 985. Matthias Klatt, de seu turno, reporta a posição positivista, anotando que para grande parte dos autores dessa linha, “há uma forte discricionariedade quando surgem duas ou mais respostas jurídicas, cada qual igualmente correta, no que tange ao Direito, forçando, então, o juiz a realizar uma escolha segundo padrões não jurídicos”. Matthias Klatt. “Taking rights seriously. A structural analysis of judicial discretion”. *Ratio Juris*, vol. 20, n. 4, dezembro de 2007, p. 509.

<sup>402</sup> Essa a síntese de Matthias Klatt do pensamento dos positivistas. Matthias Klatt. “Taking rights...” ob. cit., p. 509.

<sup>403</sup> A propósito, Mathias Klatt resume a sua visão do pensamento de Dworkin nesse tópico com estas palavras: “[Dworkin] argúi que há uma só resposta em cada sistema jurídico [porque] o Direito ele mesmo provê solução para todas as questões substanciais. Assim, o Judiciário não dispõe de discricionariedade”.

porque o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais”.<sup>404</sup>

Os juízes devem, então, ter em apreço esses princípios de conotação moral para resolver os casos em que as normas postas não são suficientes para gerar uma solução segura. Para Dworkin, seria possível, com base na sua concepção de princípios, ao contrário do que pressupõem os positivistas, encontrar a única resposta correta.

Dworkin assume que o Direito é mais do que a totalidade das regras legisladas, sendo composto, igualmente, por princípios supra-legais. Dessa premissa, parte para a tarefa de demonstrar que o sistema de princípios a que se apegamos é capaz de gerar, não soluções diversas igualmente válidas – o que levaria ao discricionarismo forte, que condena –, mas uma única solução correta. Havendo a possibilidade de se alcançar a única resposta correta, estaria desautorizada a discricionariedade forte, tida como inevitável pelos positivistas.

Entra em cena, no pensamento de Dworkin, então, a figura por ele imaginada do juiz Hércules. A este personagem se agrega a percepção do direito num contexto de coerência do sistema normativo, que exprime na metáfora do “romance em cadeia”. Dessa forma, resume Flávio Pedron, “o jus-filósofo de Oxford proporá, em nítida influência gadameriana, que os direitos são frutos tanto da história quanto da moralidade”.<sup>405</sup>

Hércules é o personagem que haverá de considerar os princípios da complexa estrutura normativa, que, a uma primeira vista, inserem-se na órbita do caso a ser resolvido. Com o empenho de sua capacidade inextinguível e sobre-humana, de uma

---

<sup>404</sup> Jürgen Habermas. Direito e Democracia entre facticidade e validade (tradução de Flávio Beno Siebeneichler). Rio: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1, p. 253).

paciência inigualável e da disposição de um tempo inesgotável, Hércules haveria de compreender o caso em todos os seus lineamentos jurídicos, revelando, então, a única solução correta que a controvérsia atrai.<sup>406</sup>

Hércules há de ter em conta, no caso concreto, a repercussão sobre o problema de certas virtudes, como a liberdade, a igualdade e a comunidade, que terminariam por compor, no seu interrelacionamento, uma só visão política.<sup>407</sup> Desse modo, já se remarcou, “o enfoque de Dworkin não leva a um exercício de *balancing*, mas a uma escala de considerações a respeito do conflito [entre princípios], sobre a base das respectivas [de cada princípio envolvido na colisão] contribuições para a busca da igualdade de consideração e respeito (*equal consideration and respect*)”.<sup>408</sup>

Hércules conhece e aceita o que está assentado como válido no sistema jurídico e assume que “os juízes têm o dever geral de seguir os precedentes da sua corte e dos tribunais superiores, cuja máxima de julgamento se estende ao caso a ele submetido”.<sup>409</sup> A atitude interpretativa conduziria o juiz a interpretar as práticas dos outros juízes ao decidirem o que é o direito, refinando-as.

Assianala-se que a atividade de interpretação em Dworkin teria aspecto construtivista e criativo. “O intérprete aceita que outra pessoa, que não ele, iniciou o

---

<sup>405</sup> Flávio Quinaud Pedron. “Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin”. Revista CEJ, n. 30, jul/set. 2005, p. 74.

<sup>406</sup> A figura do juiz Hércules é descrita por Dworkin em *Taking Rights Serious* (ob. cit., p. 105) com estes traços: “Inventei (...) um jurista de sobre-humana capacidade, erudição, paciência e agudeza de espírito, a quem chamarei de Hércules”.

<sup>407</sup> Sandra Martinho Rodrigues (*A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 66) assim resume a compreensão de cada uma dessas virtudes políticas: “a igualdade deve ser entendida como uma igualdade de recursos e de oportunidades, liberdade entendida por referência aos direitos dos outros membros da comunidade e a comunidade assentar na partilha da responsabilidade e da liberdade pelos seus membros”. Remata, dizendo ser “neste sentido de uma união entre o liberalismo e comunitarismo, que deve ser entendida a *political morality*”.

<sup>408</sup> François du Bois. “Rights trumped? Balancing in constitutional adjudication”. *Acta Jurídica*, vo. 155, 2004, p. 163.

processo de criação e respeita a autoridade do autor”, mas busca destacar da norma “os propósitos, mais do que as causas”. O objetivo é o de tornar a prática interpretativa sobre o seu objeto a melhor possível; isso se efetua, contudo, “sem que o intérprete transforme o objeto interpretando naquilo que desejaria que o objeto fosse, dado que as interpretações possíveis são condicionadas pela história ou forma do objeto em causa”<sup>410</sup> Essa é também a leitura que Habermas faz da tarefa desincumbida pelo personagem Hércules, de “reconciliar as decisões racionalmente reconstituídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional do presente, ou seja, reconciliar a história com a justiça”.<sup>411</sup>

Essa visão favorece a compreensão do Direito sob a perspectiva da integridade, em que se frisa a coerência. O juiz deve identificar direitos e deveres partindo da noção de que foram concebidos por uma *comunidade personificada*, sob o signo de uma concepção coerente de justiça e de equidade.<sup>412</sup> Essa comunidade de princípios revela que os cidadãos são regidos não apenas pelas regras resultantes do processo político, mas também por princípios comuns.<sup>413</sup> O juiz interpreta esse material, considerando as interpretações passadas e as requintando. A história jurídica se torna relevante, se mostra também crucial o sistema de princípios éticos-políticos da sociedade.<sup>414</sup> A interpretação assim conduzida revelaria a coerência que preexiste

<sup>409</sup> Dworkin. *Taking...*, ob. cit., pp. 105-106.

<sup>410</sup> Sandra Rodrigues. “A interpretação...”, ob. cit., pp. 30 e 31.

<sup>411</sup> Habermas. *Direito e...*, ob. cit., p. 264.

<sup>412</sup> Ronald Dworkin. *O Imperio do Direito* (trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 271-272. Na tradução do original: “O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”.

<sup>413</sup> Nesse sentido, Flávio Pedron, “Comentários...”, ob. cit., p. 74.

<sup>414</sup> Merece o registro de que Dworkin não exagera a importância da perspectiva histórica. Precata-se contra exageros, observando que “o direito como equidade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo o determine. Não

no próprio Direito. A função do intérprete está em reconstituí-la.<sup>415</sup> Logrando-o, obteria a resposta correta.<sup>416</sup>

O processo da interpretação é associado por Dworkin à elaboração de um romance por vários autores, em momentos distintos, cada qual escrevendo uma parte que será complementada por outro – o romance em cadeia. Os autores têm a consciência de que estão acrescentando capítulos a uma história que começou com outro autor. Precisam conhecer o que foi redigido antes, reconstruir a história, descobrir os princípios que a inspiram e, então, dar-lhe continuidade.

O juiz age, na visão de Dworkin, de modo assemelhado. Deve ter presente toda a história jurídica da comunidade, suas leis e expectativas, buscar compreendê-las e se voltar para o futuro, construindo soluções coerentes.<sup>417</sup> Essa coerência não dispensa a *dimensão da adequação*, que impede interpretações sem nexos com a história e o texto.<sup>418</sup>

Novamente, Dworkin admite a enormidade da empreitada que propõe ao aplicador do Direito. Convoca o juiz Hércules para cumpri-la. Diz agora, porém, que

pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (...) em uma história geral (...) que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado” (Dworkin. *O império do direito*, ob. cit., p. 274).

<sup>415</sup> Assim Sandra Rodrigues, “A interpretação...”, ob. cit., p. 45.

<sup>416</sup> Laura Pintore (*Law without truth*, Liverpool: Deborah Charles Publication, 2000, p. 159, citada e seguida por Sandra Rodrigues, ob. cit., p. 45) estima que, segundo Dworkin, “para que um resposta seja a correta, ela não precisa descer, por dedução, das premissas do sistema de normas válidas. A resposta correta é determinada inequivocamente, mas não mecanicamente (logicamente), pelo seu vínculo de coerência que a liga ao sistema jurídico”.

<sup>417</sup> Dworkin. *O Império do Direito*, ob. cit., pp. 275-279. Dworkin pontua que, nesse modo de ver, os juízes “são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide o caso McLoughlin ou Brown introduz acréscimos na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. (...) A distinção entre autor e intérprete é uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo” (p. 275).

<sup>418</sup> id., p. 277.

as respostas do juiz são as que, no momento, parecem ser as melhores.<sup>419</sup> A melhor decisão entre interpretações aceitáveis será a que melhor corresponder à “estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas de direito público como um todo”.<sup>420</sup>

Conquanto as convicções pessoais do juiz participem do processo de decisão, o direito como integridade ofereceria um limite para tal interferência, consistente na exigência de adequação, que repele deliberações que, por sua incoerência, mostrariam “o histórico da comunidade sob uma luz irremediavelmente má, pois propor essa interpretação sugere que a comunidade tem por característica desonrar seus próprios princípios”.<sup>421</sup>

Desse método não se seguiria um engessamento do direito, já que, “quando uma interpretação satisfaz esse limiar, as falhas de adequação restantes podem ser compensadas, em seu juízo geral, se os princípios dessa interpretação forem particularmente atraentes, pois ele então vai comparar os lapsos eventuais da comunidade, no que diz respeito à obediência a esses princípios, com a virtude por ela demonstrada na observância geral deles”.<sup>422</sup>

Ademais, a integridade seria aberta para o pluralismo, observando Dworkin que “os cidadãos de uma comunidade de princípios não têm por único objetivo princípios comuns, como se a uniformidade fosse tudo que desejassem, mas os melhores princípios comuns que a política seja capaz de encontrar”, sendo certo, ainda, que “a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e

---

<sup>419</sup> Dworkin. *O império...*, ob. cit., p. 287.

<sup>420</sup> id., p. 306.

<sup>421</sup> id., p. 307.

<sup>422</sup> id. *ibidem*.

eqüidade”.<sup>423</sup>

O relevante, afinal, é que venha a ser escolhida a solução do conflito que mostre “a comunidade em sua melhor luz”.<sup>424</sup> A resposta normativamente correta, vale dizer, “a escolha final de Hércules da interpretação que ele considera mais bem fundada em sua totalidade – mais eqüitativa e mais justa na correta relação – decorre de seu compromisso inicial com a integridade”.<sup>425</sup> Hércules, em alguns casos, terá que ponderar princípios concorrentes, mas haverá de encontrar a melhor solução, a que corresponde à exigência da integridade.<sup>426</sup> Habermas, aproveita a idéia para enfatizar a distinção que lhe parece essencial, entre aplicação e justificação, ligando tais conceitos ao da *resposta correta*. Aduz que “somente quando se conclui que uma norma válida é a única norma apropriada a um caso a ser decidido, ela fundamenta um juízo singular, que pode pretender ser correto”.<sup>427</sup>

A pretensão de correção normativa de Dworkin, assim, não dispensa a justificação da decisão, que demonstre a escolha de uma norma válida e também adequada, de modo a tornar patente a satisfação das exigências do direito como integridade. Assim estaria assentada a legitimidade da deliberação. A reconstrução do

---

<sup>423</sup> id. p. 314. A esse respeito, Habermas comenta que “o princípio da integridade caracterizaria o ideal político de uma comunidade, na qual os parceiros associados do direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais” (Habermas. Direito e ..., ob. cit., p. 267,

<sup>424</sup> id., p. 307.

<sup>425</sup> id., p. 314.

<sup>426</sup> A propósito, O Império..., ob. cit., pp. 317-322. Dworkin refuta, dessa forma, a recusa do direito como integridade, “em aceitar a opinião popular de que não existem respostas exclusivamente certas nos casos difíceis do direito” (p. 317).

<sup>427</sup> Habermas. Direito e..., ob. cit., p. 270. O raciocínio se torna mais claro com as palavras que seguem a essa assertiva, na mesma página: “Que uma norma valha *prima facie* significa apenas que ela foi *fundamentada* de modo imparcial; para que se chegue à decisão válida de um caso, é necessária a *aplicação* imparcial. A validade da norma não garante por si só a justiça no caso singular”.

caso concreto mostraria o princípio adequado para a espécie.<sup>428</sup> Essa justificação será crucial. Não há, nessa perspectiva, uma ponderação livre a ser estabelecida pelo aplicador do direito entre mais de um princípio aplicável, porque apenas um é o que deve incidir.

Habermas refina o conceito de *correção*, dizendo que “significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos”<sup>429</sup>. Sustenta que a validade do juízo somente é passível de aferição no contexto discursivo. Recordando que “argumentos substanciais jamais são ‘cogentes’ no sentido de um raciocínio lógico (que não é suficiente porque apenas explicita o conteúdo de premissas)”, assevera que, “em condições favoráveis, nós só concluímos uma argumentação, quando os argumentos se condensam de tal maneira num todo coerente e no horizonte de concepções básicas ainda não problematizadas, que surge um acordo não-coercitivo sobre a aceitabilidade da pretensão de validade controvertida”.<sup>430</sup> À vista desse desenvolvimento das idéias de Dworkin, a resposta correta seria transitória, não seria definitiva. Para Habermas, “a ordem do direito, atribuída a Hércules, teria que ser vista como uma ordem de argumentos *por enquanto* coerentes, construída *provisoriamente*, a qual se vê exposta à crítica ininterrupta”.<sup>431</sup>

Como quer que seja, a teoria ainda deixa o leitor ao desabrigo de critério material para que chegue à única resposta correta e para que apure se ela foi alcançada efetivamente – o que motiva parte substancial das críticas dirigidas à idéia de

---

<sup>428</sup> Flávio Pedron sustenta que, por esse meio, os princípios não vêm diluído o seu caráter deontológico. “Na discussão sobre se um determinado princípio deve ser proposto para solucionar a controvérsia, a discussão ficará restrita ao plano da confirmação ou não de sua adequação para poder ser aplicado ao caso (ob. cit., p. 75).

<sup>429</sup> Habermas. *Direito e ...*, ob. cit., p. 281.

<sup>430</sup> id, p. 282.

<sup>431</sup> id., ibidem.

Dworkin sobre a única resposta correta.<sup>432</sup>

Batem-se, então, com Dworkin os que rejeitam a tese de que há uma só resposta correta. Entre nós, Eros Roberto Grau lança-se a essa crítica, argumentando:

“O fato é que, sendo a interpretação convencional, não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistindo, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira”.<sup>433</sup>

Aulis Aarnio também se volta contra a tese da existência de uma única resposta correta. Aarnio se inclui na categoria, por ele mesmo instituída, daqueles de “postura crítica”, para os quais “não pode haver respostas corretas na razão jurídica (tese ontológica). Por conseguinte, tais respostas tampouco podem ser detectadas”.<sup>434</sup>

Para Aarnio, o núcleo da fragilidade da idéia de Dworkin revela-se na pergunta: “que acontece se há dois juízes Hércules? (...) Dois ou mais Hércules podem chegar a várias respostas não equivalentes, mas igualmente bem fundadas”. Prossegue:

---

<sup>432</sup> Sandra Martinho Rodrigues (*A interpretação...*, ob. cit., p. 140) confere eco a críticas nesse sentido, dizendo: “Dworkin afirma que existe uma única resposta certa, mas não explica como chegamos a ela – explica que chegamos pela *chain novel*, pela articulação das dimensões de *fit* e *value*, mas não explica como chegamos a ela ‘materialmente’, nem como podemos controlar a sua validade – que conferirá ao juiz um papel mais ativo”. Alfonso García Figuerola (*Principios y positivismo jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998), outro adversário da idéia da única resposta correta e da utilidade de uma tal concepção, argúi que Dworkin aponta um modelo ideal para os juízes, “sem traçar com clareza o caminho a seguir. Dito em outros termos: não constrói uma teoria da argumentação jurídica” (p. 307). García Figuerola estende o seu argumento: “o essencial da razão prática é que pretenda dar resposta à pergunta ‘que devo fazer?’ Isto significa que deve proporcionar-nos critérios para nossas ações reais. E o mundo em que estas devem acontecer é um mundo real, com limitações. Limitações para conhecer os fatos e determinar que circunstâncias devem ser relevantes, limitações para enxergar as conseqüências de uma decisão e para estabelecer fins e preferências, etc. (...) Dworkin determina a existência objetiva de uma única resposta correta, mas não define os instrumentos para elaborá-la, nem para controlá-la. Na prática, isso reforça o ativismo do juiz” (p. 308).

<sup>433</sup> Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso...*, ob. cit., p. 36. Na mesma página, um parágrafo antes, o autor é enfático: “Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe”.

“Se se pretende que uma das respostas dadas é ‘melhor’ que as outras ou que é a única correta, tem de haver algum critério para essa postura. Ademais, será necessário sair da discussão, o que significa recorrer a um *metaHércules*, e assim sucessivamente. Cada intento de provar que uma das respostas alternativas é a correta conduz assim a um regresso argumentativo infinito, o que está necessariamente condenado ao fracasso”.<sup>435</sup>

Aarnio não duvida de que o Estado de Direito deve garantir “um máximo de certeza jurídica para as partes de um processo (...). Os cidadãos têm que poder planejar a sua conduta e isto somente é possível sobre a base de uma prática judicial previsível”.<sup>436</sup> É fundamental que o processo de decisão se escore em argumentação jurídica, que seja “racional e [cujos] resultados satisfaçam as demandas da justiça”.<sup>437</sup> A responsabilidade dos tribunais em assegurar a certeza jurídica é exercida por meio da argumentação, na justificativa das decisões. Mas essa certeza, na visão de Aarnio, não equivale à possibilidade de se falar em uma única resposta correta, mas tão-somente na resposta melhor justificada.<sup>438</sup> Aarnio basta-se com o aceitável, como meta do ofício do aplicador do Direito – e aceitável é a solução cuja argumentação torna-a a melhor fundada para “a maioria dos membros racionalmente pensantes da comunidade jurídica”.<sup>439</sup>

Essa perspectiva muda o foco, mas não totalmente. Pressupõe que há de haver

<sup>434</sup> Aarnio, “Sobre la justificación...”, ob. cit., pp. 24-25.

<sup>435</sup> id. p. 32.

<sup>436</sup> id., p. 25.

<sup>437</sup> id., p. 26.

<sup>438</sup> id., p. 31: “Isto não significa que cada caso particular tenha uma e somente uma resposta correta. Ao contrário, a idéia de argumentação jurídica racional somente pressupõe que as decisões estão tão bem argumentadas como seja possível. A nossa expectativa concerne à ‘melhor justificação possível’, não a soluções absolutamente corretas”.

<sup>439</sup> id. p. 37. Na página seguinte, encerra o ensaio com a frase: “Pressupor ‘uma resposta correta’ não nos ajuda a servir melhor a sociedade. Aquilo de que realmente necessitamos é de uma justificação racional”.

a melhor argumentação, e que a avaliação do que seja a melhor argumentação é contingente e temporal (dependendo da maioria de uma comunidade jurídica bem informada). Não se diferencia substancialmente da idéia de uma resposta correta histórica, relacionada, portanto, com as circunstâncias do caso e do momento. Novamente, se percebe a ênfase na relevância da fundamentação para a solução dos casos difíceis.

A crítica de Mathias Klatt é mais sutil. Parece admitir uma tese moderada da única resposta correta. Adere expressamente a uma teoria discursiva da argumentação jurídica e à classificação das normas como regras e princípios. Argúi, porém, que as diretrizes para um discurso tão ideal quanto possível nem sempre deixam aflorar, nos casos difíceis, um resultado inequívoco, de “certeza conclusiva”.<sup>440</sup> Isso é devido sobretudo ao fato de que “as normas do discurso não estipulam as premissas normativas de onde o discurso deve ter início”.<sup>441</sup> Daí, afirma que os resultados do discurso terminam por se amoldar a uma de três categorias. Podem ser resultados discursivamente necessários, resultados discursivamente impossíveis, ou resultados discursivamente possíveis. Esses três padrões se aplicam mesmo num quadro em que o sistema jurídico é integrado por princípios e em que se lhe atribui a virtude de conter todos os princípios necessários para resolver todas as questões juridicamente. Mesmo assim, porém, haveria, ao lado de soluções francamente rejeitadas pela comunidade jurídica e daquelas que se tornam compulsórias racionalmente, aquelas outras que se mostram simplesmente possíveis. Se a teoria da única resposta a ser descoberta pelo juiz Hércules é factível nas duas primeiras categorias consideradas, seria imprópria, todavia, para o grupo das soluções que não se apresentam nem

---

<sup>440</sup> Klatt, “A structural...”, ob. cit., p. 513.

definitivamente vedadas e nem compulsórias – aqui, não haveria uma única resposta correta.

Segundo Klatt, “conquanto a tese de Dworkin da interinação [no sistema jurídico] de todos os princípios relevantes seja correta, a tese da única resposta correta aplica-se somente ao discursivamente necessário ou às decisões impossíveis, sendo errada para as decisões discursivamente possíveis”.<sup>442</sup>

Trata-se de um cenário que também é explorado por Robert Alexy, ao falar em casos de “discricionabilidade epistêmica” e de “discricionabilidade estrutural”. É tempo de repassar como Alexy cuida do problema da única resposta correta e de como a sua teoria da ponderação se desdobra.

### **Argumentação e Robert Alexy**

Alexy compartilha com Dworkin algumas perspectivas de análise do Direito, como a rejeição da ideia positivista de que, nos casos difíceis, o suposto vazio do sistema jurídico seria preenchido por critérios discricionários, extrajurídicos, à moda da ação do legislador. Alexy também fala em princípios como normas, a conviver no mundo normológico com as regras. No entanto, a sua concepção de princípios jurídicos aparta-se em pontos relevantes daquela de Dworkin. Alexy não endossa a noção de que a teoria dos princípios possa levar a uma única resposta correta. Avança o que ele próprio classifica como uma “versão débil da tese da única resposta

---

<sup>441</sup> id. *ibidem*.

<sup>442</sup> id., p. 514.

correta”.<sup>443</sup>

Somente seria possível chegar-se a uma única solução correta para um problema envolvendo princípios – consoante Alexy – se, além de se criar uma lista completa de todos os princípios operantes no sistema jurídico, este sistema contivesse preestabelecidas todas as relações de prioridade, em abstrato e em concreto, entre esses princípios. Nesse caso, conclui, afastando-se do professor americano, “se fosse possível uma teoria dos princípios mais forte, seria sem dúvida acertada a tese de Dworkin da única resposta correta”.<sup>444</sup>

Alexy não acredita que seja factível “uma ordem que conduza em cada caso precisamente a um resultado – uma tal ordem deveria ser chamada de ‘ordem estrita’. Uma ordem estrita somente seria possível se o peso dos valores ou dos princípios e suas intensidades de realização fossem exprimíveis em uma escala numérica, de maneira calculável”. Prossegue o Professor de Kiel, acentuando a inviabilidade prática de uma tal perspectiva:

“O programa de semelhante ordem cardinal fracassa ante os problemas de uma medição do peso e da intensidade de realização dos princípios jurídicos ou dos valores jurídicos, que seja mais do que uma ilustração de um resultado já encontrado”.<sup>445</sup>

A questão da única resposta correta, ainda argúi Alexy, “depende essencialmente de se o discurso prático leva a uma única resposta correta para cada caso. Levaria, se a sua aplicação garantisse sempre um consenso”.<sup>446</sup> Alexy mostra-se cético com relação a uma tal consequência. Para que semelhante consenso se

---

<sup>443</sup> Robert Alexy. “Sistema Jurídico, princípios jurídicos y razón práctica”. *Doxa*, vol. 5, 1988, p. 140.

<sup>444</sup> Alexy. “Sistema Jurídico...”, ob. cit., p. 145.

<sup>445</sup> Alexy. “Sistema Jurídico...”, ob. cit., p. 146.

<sup>446</sup> Alexy. “Sistema Jurídico...”, ob. cit., p. 150.

produzisse em cada problema em torno de uma única resposta, seria necessário que se vivesse sob cinco idealizações, que enumera: “1) tempo ilimitado, 2) informação ilimitada, 3) clareza lingüística e conceitual ilimitada, 4) capacidade e disposição ilimitada para a mudança de papéis e 5) total falta de preconceitos”.<sup>447</sup> E mesmo que essas condições ideais fossem alcançadas, haveria ainda que apurar “se diferenças antropológicas dos participantes do discurso criam obstáculos para o discurso”, gerando casos sem uma única resposta correta.<sup>448</sup> Conclui, diante desse painel, que, “na realidade, não existe nenhum procedimento que permita, com segurança intersubjetivamente necessária, chegar em cada caso a uma única resposta correta”.<sup>449</sup>

Isso não obstante, Alexy não despreza a idéia da única resposta correta, mas dela formula uma versão mais débil do que a de Dworkin. Acredita que o ideal da única resposta pode servir como diretiva para os participantes do discurso jurídico. Para que os argumentos dos que tomam parte na discussão jurídica faça sentido, sustenta Alexy, “as suas afirmações e fundamentações (...) devem, independentemente de se existe ou não uma única resposta correta, pretender que a sua resposta é a única correta”.<sup>450</sup> A teoria dos princípios, ademais, não se desmereceria por não gerar uma única resposta correta necessariamente, nem os princípios desceriam ao *status* de meros *topoi*.

A preocupação com o encontro de uma solução que possa pretender-se correta num ordenamento composto não somente por regras, mas, também, por princípios, conforma os esforços de Alexy na elaboração de uma teoria dos direitos fundamentais racional e capaz de se medir favoravelmente com as teorias positivistas.

---

<sup>447</sup> Alexy, “Sistema Jurídico...”, ob. cit., p. 151.

<sup>448</sup> id., ibidem.

<sup>449</sup> id. ibidem.

Alexy desenvolve uma descrição estrutural do próprio Direito, em que cuida de desvendar as características das normas jurídicas, situando-as como regras ou princípios e dedicando-se a retratar como se aplicam essas normas (aspecto dinâmico ou ativo do direito), com respeito à necessidade de racionalidade prática, para que o processo jurídico se legitime. Alexy elabora uma teoria da argumentação jurídica que sirva de critério de orientação e de fiscalização da racionalidade das decisões jurídicas.<sup>451</sup> O seu foco está numa teoria do discurso racional, dirigida ao consenso, pressupondo que a metodologia jurídica tradicional falhou em firmar um sistema de regras que suscite, por mera aplicação de um silogismo, soluções necessárias.<sup>452</sup>

A teoria é procedimental, no sentido de que se firma sobre um vínculo entre a correção da resposta e o procedimento adotado, visando à racionalidade da deliberação. Alexy entende que se pode estabelecer a validade dos enunciados normativos por meio da observância de regras do discurso. A pretensão de validade de todo discurso depende de que os seus participantes reconheçam reciprocamente pretensões de inteligibilidade, veracidade, correção e verdade.<sup>453</sup> A partir daí, a teoria

---

<sup>450</sup> id. ibidem.

<sup>451</sup> Ou, como diz Alexy, uma teoria que forneça “critérios para a racionalidade do discurso jurídico” Robert Alexy, Teoria da argumentação jurídica (trad. Zilda Hutchinson Schild Silva). São Paulo: Landy, 2001, p. 26.

<sup>452</sup> Alexy arrola os fatores que impedem, de ordinário, que se espere das normas positivadas num ordenamento a solução logicamente necessária para os problemas a serem enfrentados. Diz: “Em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica, derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, tomadas junto com afirmações de fatos comprovada ou pressupostamente verdadeiros. Para tanto há no mínimo quatro motivos: (1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto” (Robert Alexy, Teoria da argumentação jurídica, ob. cit., p. 17).

<sup>453</sup> Diz Alexy que “todo orador inclui em suas expressões afirmações implícitas de inteligibilidade, veracidade, correção e verdade. Quem faz um julgamento de valor ou de

de Alexy descreve um código da razão prática, com vinte e duas regras orientadas a assegurar a racionalidade.<sup>454</sup> Essas regras são deduzidas a partir de uma concepção das pessoas como entes livres e iguais, que expõem as suas idéias a uma crítica intersubjetiva.<sup>455</sup> Essas regras seriam aplicáveis a toda argumentação prática racional. O próprio Alexy lista as mais relevantes:

“Entre estas condições figuram a não-contradição, a universalidade (no sentido de um uso coerente dos predicados utilizados), a clareza lingüística e conceitual, a verdade empírica, a atenção para com as implicações, a ponderação”<sup>456</sup>

A essas se somariam outras regras deduzidas, por Alexy, das exigências de justiça:

“As mais importantes são as seguintes:

- 1) Quem pode falar pode tomar parte no discurso.
- 2) a) Todos podem problematizar qualquer asserção.  
b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.  
c) Todos podem expressar as suas opiniões, desejos e necessidades.
- 3) A nenhum falante pode-se impedir exercer os direitos fixados nos números 1) e 2) [acima] mediante coerção interna ou externa”<sup>457</sup>

A fórmula da racionalidade engloba também regras da razão, como a que

obrigação, faz uma afirmação quanto a correção, isto é, que o julgamento expresso é racionalmente justificável” (Teoria da Argumentação jurídica, ob. cit., p. 109).

<sup>454</sup> Alexy. Teoria da Argumentação..., ob. cit., p. 27.

<sup>455</sup> A liberdade e a igualdade entre as pessoas, sustenta Alexy, “garantem que todos os argumentos são objeto de consideração e que nenhum deles é excluído de antemão. Ao mesmo tempo, cada argumetno é exposto sob as condições da liberdade e da igualdade da crítica intersubjetiva. Assim, realizam-se no plano dos argumentos, as idéias de neutralidade e de objetividade. Liberdade e igualdade das pessoas e neutralidade e objetividade dos argumentos são os elementos fundamentais da da teoria discursiva da justiça” (Alexy. La institucionalización de la justicia. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 61).

<sup>456</sup> id, ibidem. A exposição completa das regras é feita na Teoria da Argumentação... (ob. cit., pp. 179 e ss.). Deixo de me deter em cada qual, por fugir ao foco da tese que me propus a desenvolver.

<sup>457</sup> id. ibidem.

institui uma obrigação de fundamentar cada afirmação feita, exceto quando for possível fornecer razões que justifiquem a omissão.<sup>458</sup>

Com vistas a permitir que o discurso flua sem bloqueios, devem ser observadas diretrizes sobre distribuição do ônus argumentativo. Desse modo:

“Quem se propõe a tratar a pessoa A diferentemente da pessoa B é obrigado a dar justificção por fazer isso.

Quem ataca uma afirmação ou norma que não é objeto da discussão precisa apresentar uma razão para fazer isso.

Quem apresentou um argumento só é obrigado a apresentar outros no caso de surgirem argumentos contrários.

Quem introduz uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades num discurso, que não vale como um argumento em relação a uma manifestação anterior, precisa justificar a interjeição se lhe pedirem para fazê-lo”.<sup>459</sup>

Regem, afinal, a fundamentação parâmetros como o de que:

“Todos têm de ser capazes de concordar com as conseqüências das regras que pressupõem ou afirmam para todos os demais. (...)

As regras morais que subjazem a visão moral de um orador devem ser capazes de suportar o teste crítico em termos de sua gênese histórica. Uma regra moral não pode passar no teste se: (a) embora originalmente passível de justificção racional, ela tenha nesse ínterim perdido sua justificção, ou (b) se não era originalmente passível de justificção racional e não foram descobertos novos motivos nesse ínterim.”<sup>460</sup>

Seriam, assim, corretas as decisões normativas “às quais todos os participantes

---

<sup>458</sup> “Todo orador precisa dar razões para o que afirma quando lhe pedirem para fazê-lo, a menos que possam citar razões que justifiquem uma recusa de dar uma justificção. Esta regra será chamada de *regra geral de justificção*”. (Alexy. Teoria da Argumentação..., ob. cit., p. 111).

<sup>459</sup> Alexy. Teoria da Argumentação..., ob. cit., pp. 172-175.

<sup>460</sup> Alexy. Teoria da Argumentação..., ob. cit., pp. 197 e 199.

no discurso ideal, prestariam o próprio assentimento”.<sup>461</sup>

Desse modo, as decisões sobre o que é correto ou incorreto, justo ou injusto surgem de discursos, formulados por meio de argumentos deduzidos por seus participantes, segundo regras que garantem o respeito à liberdade e à igualdade de todos eles. Se esse discurso prático é racional, assume-se que o seu resultado também o seja.

O discurso jurídico se desenrola, entretanto, sob um série de limitações. Há a necessidade de se tomar decisões várias dentro de um tempo limitado. O discurso jurídico se submete a condicionamentos, materiais e formais, estabelecidos em leis, pelo saber técnico assentado e pelos precedentes. Nem todas as questões são suscetíveis de debate; além disso, as partes se empenham mais pelos seus interesses do que por alcançar o que é estritamente justo. Como, de toda sorte, a atenção é voltada também aqui para a correção de enunciados sobre o que se deve ou não fazer, Alexy mantém que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.<sup>462</sup>

---

<sup>461</sup> id., p. 62.

<sup>462</sup> Alexy. Teoria da Argumentação..., ob. cit., pp. 26-27: “De importância central é o pensamento de que o discurso-jurídico é um caso especial do discurso prático geral. O ponto comum do discurso jurídico e do discurso prático geral é que as duas formas de discurso se preocupam com a correção de afirmações normativas. Terá de ser fundamentado que tanto na afirmação de uma constatação prática geral, como na afirmação ou apresentação de uma constatação jurídica se propõe a reivindicação da correção. O discurso jurídico é um *caso especial*, visto que a argumentação jurídica acontece no contexto de uma série de condições limitadoras. Aqui devem ser nomeados principalmente seu caráter de ligação com a lei, a consideração pelos precedentes, a inclusão da dogmática usada pela ciência do Direito, bem como - é claro que isso não vale para o discurso da ciência jurídica - sua sujeição às limitações impostas pela regras de ordem processual. A reivindicação de correção jurídica, implícita no enunciado de qualquer constatação jurídica é a reivindicação de que, sujeita às limitações estabelecidas por essas condições limitadoras, a afirmação é racionalmente justificável”. Também na p. 212, lê-se: “No contexto da discussão jurídica nem todas as questões estão abertas ao debate. Essa discussão ocorre com certas limitações. A extensão e os tipos de limitações são muito diferentes nas diferentes formas. A mais livre e menos limitada é a discussão do tipo científico jurídico. Os limite são maiores no contexto de um processo. Aqui os papéis são desigualmente distribuídos, a participação do acusado não é voluntária e a obrigação de dizer a verdade é limitada. O processo de argumentação tem limite de tempo é regulado pelas leis processuais. As partes são instruídas a se guiar pelos próprios

Por isso mesmo, formula a tese de que “argumentos especificamente jurídicos e argumentos práticos gerais devem ser combinados em todos os níveis e aplicados conjuntamente”.<sup>463</sup> As proposições normativas devem ser racionalmente fundamentadas, mas no marco do ordenamento jurídico.

Nesse ponto, Alexy distingue duas vertentes da justificação – a justificação interna e a justificação externa. A justificação interna tem a ver com a racionalidade das premissas adotadas, com o aspecto formal da fundamentação jurídica, enquanto a justificação externa tem por objeto a fundamentação das premissas usadas na justificação interna. Entre os elementos para se realizar a justificação externa, está a interpretação, sustentando Alexy que os argumentos que expressam uma vinculação com o teor literal ou com a vontade do legislador histórico prevalecem sobre os demais argumentos, a não ser que se possam aduzir motivos racionais para a prevalência daqueles outros<sup>464</sup>. Alexy também toma como impositivo que “sempre que os argumentos dogmáticos forem possíveis, eles devem ser usados”.<sup>465</sup> A dogmática exerce função controladora, na medida em que confere “maior realidade ao princípio da universalidade e serve aos fins da justiça”.<sup>466</sup> A doutrina desempenha importante função heurística, já que “contém um grande alcance de modelos para resolver problemas, distinções e pontos de vista, que não ocorreriam prontamente a alguém começar sempre de novo. (...) Um sistema de dogmática jurídica pode ser um fecundo ponto de partida para fazer novas descobertas e conexões”.<sup>467</sup> Na sua teoria,

---

interesses. Com freqüência, talvez mesmo seja comum, elas não se preocupam com chegar a um resultado justo ou correto, mas antes a um resultado que seja vantajoso para si mesmas”.

<sup>463</sup> Alexy. Teoria da Argumentação..., ob. cit., p. 30.

<sup>464</sup> Alexy. Teoria da Argumentação..., ob. cit., p. 239.

<sup>465</sup> Alexy. Teoria da Argumentação..., ob. cit., p. 258.

<sup>466</sup> Alexy. Teoria da Argumentação..., ob. cit., p. 256.

<sup>467</sup> Alexy. Teoria da Argumentação..., ob. cit., pp. 256-257.

Alexy também ressalta o papel do recurso ao *precedente*, “um dos mais característicos aspectos da argumentação jurídica”<sup>468</sup> e firma que “quem deseja se afastar de um precedente fica com o encargo do argumento”.<sup>469</sup>

A teoria da argumentação jurídica de Alexy visa a proporcionar critérios de correção para as decisões jurídicas – correção que não se confunde com segurança na obtenção de uma única resposta correta, mas que resulta de uma deliberação racionalmente desenvolvida e controlável.<sup>470</sup> As decisões jurídicas, no contexto de uma compreensão do discurso jurídico como um caso especial, devem ser racionalmente justificadas no âmbito da ordem jurídica válida. Como diz Alexy, “a argumentação jurídica deve estar vinculada às leis e aos precedentes e tem que observar o sistema de direito elaborado pela dogmática jurídica”.<sup>471</sup>

A resposta encontrada no contexto de uma teoria do discurso não fornece uma certeza de correção absoluta. Seria absurdo esperá-lo, segundo Alexy, já que “nenhum procedimento pode garantir isso”. Mas – prossegue –, “se eliminarmos essa exigência descabida, torna-se claro que nenhum procedimento é melhor do que o do discurso, para desenvolver e ao mesmo tempo controlar racionalmente a capacidade de descobrir e de julgar, e, dessa maneira, aproximar-se mais da correção”.<sup>472</sup>

A impossibilidade da única resposta correta está em que as respostas a

---

<sup>468</sup> Alexy. *Teoria da Argumentação...*, ob. cit., p. 258.

<sup>469</sup> Alexy. *Teoria da Argumentação...*, ob. cit., p. 261.

<sup>470</sup> Esta é também a conclusão a que chega José Antonio Seoane (Susana Blanco, Pedro Rivas e José Antonio Seoane. *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 93).

<sup>471</sup> Alexy. “La tesis del caso especial”. *Isegoría*, vol 21, 1999, p. 25. Alexy, na mesma página, desenvolve essa concepção, dizendo que a tese da argumentação jurídica como caso especial leva a que se busque o que é correto, mas não ao que é “absolutamente correto, senão ao que é correto no esquema e com as bases de uma ordem jurídica validamente operante. O que é correto em um sistema jurídico depende essencialmente do que é fixado autoritativa ou institucionalmente e do que se ajusta a esses dados fixados. Não deve contradizer o autoritativo e deve ser coerente com o conjunto.”

questões práticas se baseiam essencialmente, ainda que não apenas, nas interpretações de interesses e na ponderação dos mesmos.<sup>473</sup>

A teoria de Alexy consegue armar uma estrutura de discurso apta para formalizar racionalmente uma deliberação jurídica. Não fornece, entretanto, uma teoria material da razoabilidade, nem aponta para critérios que resolvam o problema da escolha de uma entre duas ou mais opções possíveis. Alexy não pretende mais do que oferece, porém. Satisfaz-se com a potencialidade da teoria do discurso de reduzir a margem de irracionalidade das decisões.<sup>474</sup> A sua teoria efetivamente restringe o risco de decisões irracionais, ainda que não forneça garantia plena de racionalidade das conclusões que propicia. A decisão tomada não tem como deixar de incorporar um elemento de vontade, subjetivo. A deliberação não será, porém, arbitrária ou desarrazoada, em virtude do modo como a ela se chegou. Em suma, dá-se curso à idéia de que de premissas débeis podem resultar conclusões fortes, conclusões que, apesar de não serem necessárias, são plausíveis. Essas conclusões, se têm origem em ato de vontade, expressam, de outra parte, uma vontade guiada por balizas racionais, controláveis, portanto, ainda que não inteiramente. Por isso, parece excessiva a crítica de positivistas, como a que Alfonso García Figuerola dá voz, ao dizer que Alexy apenas não foi suficientemente positivista na sua teoria, já que “a versão de Alexy viria a atrasar o inevitável momento da discricionariedade judicial por que propugna o

---

<sup>472</sup> Alexy. Teoria da Argumentação..., ob. cit., p. 304.

<sup>473</sup> Alexy. Teoria da Argumentação..., ob. cit., p. 311.

<sup>474</sup> Alexy. Teoria da Argumentação..., ob. cit., p. 312: “A utilização das regras do discurso não levaria à certeza em todas as questões práticas, mas a uma considerável redução na existência da irracionalidade. (...) A investigação discursiva não leva ao âmbito da certeza, mas sai do âmbito da mera opinião e decisão. Isto justifica o uso do conceito de uma correção relativa”.

positivismo”.<sup>475</sup>

É interessante reconhecer como, neste particular, a teoria de Alexy não ultrapassa os limites que a escolástica aponta para o discurso prático. J.-P. Rentto, detendo-se no exame de Santo Tomás de Aquino sobre a razão prática, acentua que “a razão, sozinha, não traz ao agente uma conclusão moral correta”, havendo uma “dependência recíproca entre razão e vontade”, já que a razão considera os meios alternativos para um fim almejado, sendo possível, nesta etapa, uma dialética racional, mas, depois que a razão operou, “cabe à vontade eleger os meios propostos [pela atividade racional]”.<sup>476</sup>

### **A ponderação em Alexy**

A teoria da argumentação jurídica de Alexy lança luz sobre os seus estudos em torno dos direitos fundamentais, em especial no que toca ao problema das colisões entre eles. A sua teoria da argumentação permite afirmar que o exercício da ponderação – método para aplicar normas-princípios – tem a sua racionalidade assegurada, justamente por ser uma expressão da argumentação jurídica. Daí Alexy asseverar que “há um procedimento racional de ponderação”.<sup>477</sup> Esse procedimento é dado pela teoria dos princípios jurídicos, desdobramento da sua teoria da argumentação jurídica.

Alexy reconhece ser problemática a determinação material dos direitos

---

<sup>475</sup> Alfonso García Figuerola. Principios y positivismo jurídico. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 360.

<sup>476</sup> J. -P. Rentto. “Aquinas and Alexy: A perennial view to discursive ethics”. American Journal of Jurisprudence, n. 36, 1991, p. 171.

<sup>477</sup> Robert Alexy. “Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional”. Revista Isonomía, n. 1, outubro 1994, p. 45.

fundamentais e os distingue das normas em que são proclamados. Verifica que o que é exigido por uma norma de direito fundamental (o conteúdo do direito) nem sempre está determinado. Isso seria consequência da textura semanticamente aberta dessas normas e o resultado do caráter de princípios das normas de direitos fundamentais.

Em vários dos seus escritos, Alexy retoma as características dos princípios que traçou na sua Teoria dos Direitos Fundamentais. A compreensão dos princípios jurídicos como normas se beneficia da sua diferenciação das regras jurídicas – princípios e normas configurariam as pontas extremas do conjunto das normas. Essa distinção é assumida como a base da argumentação jusfundamental e como “a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”. Alexy prossegue, garantindo que sem que se tenham estremados princípios e regras “não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão, nem tampouco uma teoria suficiente sobre o papel que os direitos fundamentais jogam no sistema jurídico”.<sup>478</sup>

Toda norma é um princípio ou uma regra e ambas estas categorias se diferenciam qualitativamente – não havendo entre eles apenas uma variável de grau.<sup>479</sup> Os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”.<sup>480</sup> São, por isso mesmo, *comandos de otimização*<sup>481</sup>. O grau de cumprimento do que o princípio prevê é determinado pelo seu cotejo com outros princípios e regras opostas (possibilidade jurídica) e pela consideração da realidade fática sobre que operará (possibilidade real).

---

<sup>478</sup> Robert Alexy. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81.

<sup>479</sup> Alexy. Teoria de los derechos..., ob. cit., p. 87.

<sup>480</sup> Alexy. Teoria de los derechos..., ob. cit., p. 86.

<sup>481</sup> id. *ibidem*.

Enquanto os princípios concitam a que sejam aplicados e satisfeitos no mais intenso *grau* possível, as regras *determinam* algo dentro do fática e juridicamente possível.<sup>482</sup> Desse modo, enquanto um princípio pode ser cumprido em maior ou menor escala, “as regras somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos”.<sup>483</sup>

A distinção se torna crucial para apreender as peculiaridades dos conflitos entre direitos fundamentais. A estrutura que se observa num caso de colisão de regras distancia-se daquela que peculiariza uma colisão de princípios.

A colisão de princípios, da mesma forma que a colisão de regras, refere-se à situação em que a aplicação de ambas as normas ao caso concreto engendra conseqüências contraditórias entre si. A solução para o conflito entre regras, porém, não é a mesma para o caso de colisão entre princípios.

Um conflito entre regras é solucionado tomando-se uma das regras como cláusula de exceção da outra<sup>484</sup> ou declarando-se inválida uma delas.

Já os princípios, quando se contrapõem, não estariam exatamente em contradição, mas em tensão, que deve ser resolvida com referência ao caso que, à primeira vista, os atrai. Os princípios apresentam pesos ou importâncias diferentes para o caso analisado, mesmo que, considerados em abstrato, nenhum ostente primazia sobre o outro. O que há de se realizar é uma ponderação entre os princípios, com vistas a apurar qual o que se refere a interesse de maior monta no episódio a ser

---

<sup>482</sup> Alexy. Teoria de los derechos..., ob. cit., p. 87.

<sup>483</sup> id., ibidem.

<sup>484</sup> No exemplo de Alexy (Alexy. Teoria de los derechos..., ob. cit., p. 88), é assim que se trataria a norma que diz que os alunos devem sair da sala de aula, uma vez ouvido o sinal de incêndio, diante da outra norma que diz que os alunos somente devem sair da sala de aula num determinado horário. Pode-se dizer que, na realidade, os conflitos entre regras se solucionam pelos clássicos critérios de resolução de antinomia, o critério da hierarquia (que

avaliado. “Faz-se retroceder o princípio que joga em sentido contrário, que não é, entretanto, inválido”.<sup>485</sup> Não se introduz aqui, como se nota, uma *cláusula de exceção*.

É interessante notar que um princípio será afastado por outro, à vista do cotejo dos fundamentos que estão latentes em cada qual, no contexto tomado em apreciação. Já a regra, na medida em que consiste no resultado de ponderação previamente estabelecida pelo legislador, tende a ter prioridade sobre o princípio que se lhe opõe. A prioridade de uma norma editada como regra pelo legislador sobre um princípio, que lhe disputa a incidência, decorre da consideração de outros princípios formais, como o da democracia representativa, que empresta peso adicional para as decisões legislativas. Apenas quando considerações fundadas em princípios formais não tenham nenhum peso será possível dizer que a regra, no caso concreto, tem a mesma força *prima facie* do princípio com que se defronta – nesse caso, não será apropriado falar em regra como razão definitiva.<sup>486</sup>

Alexy enfatiza que o caráter de princípio de uma norma não é consequência necessária da sua consistência vaga; a norma configura um princípio, porque exige uma tarefa de otimização – “tarefa que é, quanto a sua forma, jurídica; quanto ao seu fundo, contudo, também moral, por causa do seu conteúdo moral”.<sup>487</sup> Daí que a teoria dos princípios seria um contraponto para a tese do positivismo de separação entre direito e moral.

Alexy não crê que o sistema jurídico permita que se fale num arranjo fechado

---

leva à invalidade da norma inferior), o critério cronológico e o critério da especialidade (justamente o que Alexy chama de *cláusula de exceção*).

<sup>485</sup> Robert Alexy. “Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica”. *Doxa*, n. 5, p. 143.

<sup>486</sup> A propósito, veja-se também Mattias Kumm. “Constitutional rights as principles: on the structure and domain of constitutional justice”. *International Journal of Constitutional Law (I·CON)*, vol. 2, n. 3, 2004, p. 578.

<sup>487</sup> Alexy. “Sistema Jurídico, princípios jurídicos...”, ob. cit., p. 144.

e predeterminado de princípios hierarquizados entre si. A sua é uma teoria débil de princípios, que se completa com a ponderação, segundo uma hierarquia de valores que se constrói em cada conjunto de circunstâncias considerado. Princípios e valores, para ele, “são a mesma coisa, contemplando-se o caso sob o aspecto deontológico ou axiológico. Isto mostra claramente que o problema das relações de prioridade entre princípios se conecta com o problema de uma hierarquia de valores”.<sup>488</sup>

A ordem menos rígida de princípios que Alexy preconiza compõe-se de três elementos, um sistema de condições de prioridade, um sistema de estruturas de ponderação e um sistema de prioridades *prima facie*.<sup>489</sup>

O sistema de condições de prioridade confere ao sistema resultante das ponderações no caso concreto o aval da universalidade, buscado como condição de legitimação da teoria desenvolvida. Alexy entende que as ponderações entre valores (ou princípios) que se desenrolam à vista de circunstâncias concretas não esgotam a sua relevância no caso apreciado. O *particularismo* é evitado, pretendendo-se que a regra que resulta da ponderação estabelecida entre os princípios colidentes supera os limites do caso em que formulada, para alcançar todos os demais que com ele partilham semelhanças nas hipóteses de fato.

Alexy deduz daí uma *lei da colisão*, segundo a qual, “as condições sob as quais um princípio prevalece sobre o outro formam o pressuposto de fato de uma regra que determina as conseqüências jurídicas do princípio prevalente”.<sup>490</sup> Assim, a relação de precedência entre princípios em jogo diante de um problema jurídico delimitado haverá de ser observada em outros tantos que lhe repliquem as

---

<sup>488</sup> Alexy. “Sistema Jurídico, princípios jurídicos...”, ob. cit., p. 145.

<sup>489</sup> A propósito, veja-se Alexy, Alexy. Teoría de los derechos..., ob. cit., pp. 152 e ss. Veja-se, também, Alexy. “Sistema jurídico, princípios...”, ob. cit., pp. 146-148.

características básicas. Desse modo se ergue um sistema de condições de prioridade, que confere coerência e universalidade às ponderações realizadas. Futuros casos poderão ser solucionados com a aplicação da regra resultante da ponderação efetuada anteriormente – provando-se a construção e eficácia de um sistema de preferência entre princípios.

A teoria débil que se promove não descarta a possibilidade de novos casos surgirem com particularidades de tal intensidade que os estremem daquele antes enfrentado, exigindo se realizem distinções. É isso o que Alexy tem presente, ao ressaltar que, “por causa da possibilidade de novos casos com novas combinações de características, não se pode construir uma teoria que determine para cada caso precisamente uma decisão”.<sup>491</sup> Nem assim, porém, as condições de prioridade antes estabelecidas perdem importância, na medida em que se tornam ponto de referência para a nova discussão.

Fica nítido que as relações de prioridade entre princípios não são absolutas, mas condicionadas pelas circunstâncias. São relações, nesse sentido, relativas ou condicionais. “A tarefa da otimização [prescrita pela concepção do *princípio* como *mandamento de otimização*] consiste em determinar as corretas relações de prioridade condicionais”.<sup>492</sup>

A teoria débil dos princípios se socorre também de outro elemento fundamental. Da visão dos princípios como exigências de otimização decorre uma estrutura da ponderação. Essa estrutura se expressa pelos subprincípios do princípio

---

<sup>490</sup> Alexy. “Sistema jurídico, princípios...”, ob. cit., p. 147.

<sup>491</sup> id. ibidem.

<sup>492</sup> Robert Alexy. “On the structure of legal principles”. *Ratio Juris*, vol. 13, n. 3, setembro de 2000, p. 297. Levando adiante a afirmação, Alexy, na mesma página, vê explicado porque os princípios devem também ser tidos necessariamente como razões para regras.

da proporcionalidade.

A importância da proporcionalidade para o estudo dos direitos fundamentais é acentuada, uma vez que Alexy concorda com a Corte Constitucional alemã, quando esta considera que “a máxima da proporcionalidade resulta da própria essência dos direitos fundamentais”.<sup>493</sup> Alexy acrescenta que “uma teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e o princípio da proporcionalidade implica a teoria dos princípios”.<sup>494</sup> Os subprincípios da proporcionalidade conferem a fundamentação do princípio da proporcionalidade. A “fundamentação jusfundamental” consiste no seu exame.<sup>495</sup>

Os princípios cobram a sua mais ampla realização do ponto de vista das possibilidades de fato. O tema das possibilidades de fato como condicionante da extensão com que um princípio pode produzir todas as suas virtualidades remete aos dois primeiros testes que enformam o princípio da proporcionalidade – os subprincípios da adequação e da necessidade.

### O teste da adequação

O subprincípio da adequação – ou da idoneidade – ministra critério para se averiguar a legitimidade da intervenção sobre um direito fundamental, reclamando que a razão que induz a essa interferência seja satisfeita com a restrição que se operará sobre o princípio afetado. Se um meio não serve para atender a um fim exigido por um princípio e afeta as possibilidades de realização de outro princípio, está proibido,

---

<sup>493</sup> Alexy. *Teoría de los derechos...*, ob. cit., p. 112.

<sup>494</sup> Alexy. “On the structure...”, ob. cit., p. 297, local em que avalia que “quem rejeita a teoria dos princípios deve rejeitar o princípio da proporcionalidade também”.

<sup>495</sup> Alexy. *Teoría de los derechos...*, ob. cit., p. 115.

porque frustra, sem proveito para o primeiro princípio, a vocação do segundo à máxima satisfação possível.<sup>496</sup>

No resumo de Bernal Pulido, “toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir para a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo”.<sup>497</sup> Parte-se para o exame da adequação, uma vez verificado que o fim que se colima com a medida é válido do ponto de vista constitucional, isto é, não agride algum princípio constitucional.<sup>498</sup> Tem-se como legítimo o fim não proibido pela Constituição.<sup>499</sup> Exclui-se, da mesma forma, do âmbito do proporcional, até por impossibilidade de apuração da adequação, a medida de restrição de direito de que não se deduza objetivo algum a motivá-la, resultando, portanto, de fanfarronice legislativa.

O exame da adequação pressupõe que se fixe o objetivo do ato que opera a interferência sobre um direito fundamental. Na experiência alemã, tem-se considerado esse requisito de modo suavizado. Limita-se a Corte Constitucional a verificar se a medida é objetivamente apta para produzir o efeito que se conclui ser o almejado,

---

<sup>496</sup> A propósito, Alexy. *Teoría de los derechos...*, ob. cit., pp. 114-115.

<sup>497</sup> Carlos Bernal Pulido. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p.687.

<sup>498</sup> Pode-se optar pela fórmula positiva dessa mesma frase, dizendo-se que é legítimo o que está de acordo com algum princípio constitucional, se tomarmos em conta que o legislador goza de liberdade de escolha de fins, não sendo a Constituição, como no conhecido dito de Forsthoff, o ovo de que decorre todo o Direito. Se considerarmos essa liberdade de escolha de fins não proibidos pelo constituinte como um princípio constitucional, a frase em comento pode ser expressada em moldes positivos, dizendo-se que será legítimo o que tem por si um princípio constitucional. Veja-se a propósito, Bernal Pulido, El principio..., ob. cit., pp. 691 e ss. e Juan Carlos Gavara de Caras. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 301. Este autor também especifica que o teste da legitimidade do fim perseguido “deve ser separado da estrita aplicação do princípio da proporcionalidade” (id., ibidem).

<sup>499</sup> Se o fim não está, porém, definitivamente proibido pela Constituição, i. é, se ocorre uma proibição *prima facie*, por ser o caso duvidoso, havendo princípios que atuam contra e a favor, haverá que se prosseguir no exame dos subprincípios. A definição da legitimidade do

ainda que não seja o melhor. A possibilidade de erro de prognóstico é levada em conta, admitindo-se como adequada a medida legislativa que se mostre ao menos parcialmente adequada. Basta que a medida possa *ajudar* o resultado pretendido.<sup>500</sup> O auxílio para o objetivo pode ocorrer, quer porque o meio escolhido acelera a ocorrência do objetivo perseguido, quer porque o torna mais provável, tornando mais seguro o seu acontecimento, quer, ainda, porque permite que pelo menos alguns aspectos do fim perseguido sejam alcançados. Resume-se tudo isso, equacionando-se o subprincípio da adequação com a exigência de que a interferência sobre o princípio possua a potencialidade de facilitar a meta legítima que se quer obter.

Certamente que esse subprincípio atira o aplicador do direito no domínio de questões de fato, a fim de se apurar, de acordo com o saber aceito na sociedade, se o meio escolhido favorece o fim buscado. É inepta a medida que, desde quando adotada, não era, pelos conhecimentos existentes, capaz de socorrer o fim a que se dirige.

Resta, contudo, acertar que acontece quando, depois de editada a lei, no momento da avaliação da sua legitimidade, o conhecimento evolui para revelar inóqua a medida de intervenção que antes era considerada como idônea. Conquanto parte da doutrina aconselhe uma auto-contenção do Judiciário, limitando-o ao exame *ex ante* da adequação, não parece que uma demonstração futura da real inadequação de uma lei que interfere sobre direitos fundamentais seja insuficiente para um juízo negativo

---

fim resultará da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, Bernal Pulido. El principio..., ob. cit., pp. 697-698).

<sup>500</sup> A propósito, Gavara de Caras, Derechos..., ob. cit., p. 303. Bernal Pulido, embora anote decisões espanholas em contrário, aponta que um censo na doutrina revela a inclinação generalizada para compreender que o subprincípio da adequação estará respeitado se, ao menos, contribuir para o objetivo almejado, não se cobrando, contudo, que o meio escolhido

da sua constitucionalidade. Não faz sentido que se tenha que suportar detrimento a direito fundamental quando se revelou que a prognose do legislador estava errada, mesmo que à época recolhesse consenso em seu prol. No Estado brasileiro, em que vigora a responsabilidade objetiva do poder público, nem mesmo a possibilidade de conseqüências patrimoniais sobre o erário justifica que se deixe de declarar inválido, por inadequado, o ato do poder público que interfere sobre direito fundamental, mesmo que a sua inidoneidade somente se mostre evidente após a sua edição.<sup>501</sup>

### O teste da necessidade

O subprincípio da necessidade restringe a escolha de meios adequados para a realização de um fim ligado a um dado princípio. Se há mais de um meio igualmente adequado para se acudir à finalidade que o princípio busca, deve ser preterido o meio mais intrusivo sobre o princípio que sofrerá a intervenção.

Nas suas origens germânicas, o exame da necessidade remonta aos estudos de Direito Administrativo, incitados pelo crescimento da ação estatal num ambiente ainda marcado pelo anseio de proteger o indivíduo contra medidas do poder público que pudessem pôr em questão a convicção contratualista de que os homens possuem direitos naturais prévios ao Estado. Sweet e Mathews noticiam que a doutrina alemã no final do século XVIII encetou estudos que propunham uma forma de controle dos atos fundados no poder de polícia ao estilo de um embrionário princípio da proporcionalidade, “ante o prospecto da habitualidade de conflitos entre os propósitos

---

efetivamente redunde no fim que o inspirou (Bernal Pulido. El principio..., ob. cit., pp. 720-721).

<sup>501</sup> Para uma visão débil do controle da adequação, porém, veja-se Bernal Pulido. El principio..., ob. cit., pp. 728-731.

públicos e as liberdades individuais”. Afinal, na segunda metade do século XIX, “o teste do meio menos restritivo, elemento da proporcionalidade, emergiu como princípio nuclear do Direito Administrativo”.<sup>502</sup> Sweet e Mathews citam Günther von Berg (1765-1843), que ensinava que “o poder de polícia não pode ir além do que os seus objetivos requerem. O poder de polícia pode restringir liberdades naturais do sujeito, mas apenas na medida em que um objetivo legítimo o requeira”.<sup>503</sup> O desenvolvimento da doutrina reforçou tal inteligência, que ganhou força prática ainda mais acentuada com o estabelecimento dos tribunais administrativos, que cedo adotaram a teoria.<sup>504</sup> Depois da Lei Fundamental de 1949, o teste do meio menos restritivo foi importado para o exame da constitucionalidade de leis, integrando o princípio da proporcionalidade.

O subprincípio da necessidade conduz a exercício prático consistente em avaliar se as duas medidas cotejadas apresentam a mesma idoneidade para a consecução do fim intentado. Deve-se apurar se ambas contribuem em igual magnitude para o objetivo, no que tange a torná-lo mais provável, se o atendem numa mesma escala e com equiparável rapidez de resultado.

O princípio da necessidade não impõe a forma como um princípio será satisfeito, apenas rejeita o meio mais danoso ao princípio concorrente, quando cotejado com outra providência apta para obter resultados análogos.<sup>505</sup>

O controle da necessidade traz consigo questões melindrosas de separação de

---

<sup>502</sup> Sweet e Mathwes. “Proportionality, balancing...”, ob. cit., p. 17.

<sup>503</sup> Sweet e Mathwes. “Proportionality, balancing...”, ob. cit., p. 18.

<sup>504</sup> Sweet e Mathwes. “Proportionality, balancing...”, ob. cit., pp. 19-20. Liga-se, também, como fonte ancestral do exame da necessidade a clássica advertência de Fritz Fleiner, que, em 1928, deu cunho ao tantas vezes citado aforismo de que “a polícia não deve matar em pardais com tiros de canhão” (a propósito, Sweet e Mathews, ob. cit., p. 19, nota n. 67).

<sup>505</sup> Alexy, “On the structure...”, ob. cit., p. 298.

poderes. A eleição do melhor meio para atingir uma finalidade constitui aspecto que se relaciona com opção de oportunidade e conveniência, de que o controle judicial tende a se apartar em deferência aos atores políticos, em especial do Legislativo. Cuida-se, novamente, aqui, de avaliação de fatos e de políticas, mas o que se pretende é coarctar situações de clara arbitrariedade e abuso do poder. De toda sorte, a comparação admissível há de ser com outra opção concreta, dotada da mesma efetividade, não sendo dada mera especulação em abstrato.<sup>506</sup>

Acresce que o caráter intercambiável entre os meios cotejados depende também do custo de cada qual. Assim, o meio alternativo que se torna impraticável pelos custos que importa não pode ser considerado para a estimativa própria do teste da necessidade.<sup>507</sup> A medida não pode ser invalidada, tampouco, se a providência alternativa for mais benigna para com o direito fundamental do afetado, mas vier a interferir sobre outros interesses sociais ou direitos fundamentais de terceiros. Nesse caso, o problema passa a dizer respeito à decisão sobre quem deve suportar os custos sociais de uma decisão política, assunto que se reserva a quem detém legitimidade democrático-representativa, o legislador.

Para levar a cabo o exame da necessidade, o julgador deverá formular, desde logo, um juízo sobre o grau de intensidade com que a medida sob julgamento interfere sobre o princípio prejudicado. Haverá de investigar se é menor a probabilidade de a medida proposta como alternativa afetar o direito atingido, bem assim estudar se a interferência tende a ser menos alongada no tempo, além de indagar se, potencialmente, fere em menor escala os atributos essenciais do princípio relegado.

Bernal Pulido sugere que também se verifique “se a norma ou posição afetada

---

<sup>506</sup> A propósito, Gavara de Caras. Derechos fundamentales..., ob. cit., p. 304.

[pela medida alternativa] tem um significado ou uma fundamentalidade menor dentro do âmbito normativo do direito fundamental”.<sup>508</sup> A sugestão, que parece de todo acertada, se arrima na circunstância de que certas normas e princípios constitucionais possuem *prima facie* maior peso, dado o seu significado material. A incerteza, resistente à análise do julgador, deve levá-lo a não censurar o legislador.

Alexy se preocupa em frisar a função negativa que os subprincípios da adequação e da necessidade exercem na fundamentação jusfundamental. Nenhum dos dois testes impõe a quem deve deliberar sobre um conflito que opte por um dos diversos meios idôneos concebíveis para resolvê-lo. Ao aplicador se abre a opção, por exemplo, de não se valer de nenhuma das providências estudadas e permanecer inerte. O teste da necessidade apenas exclui uma opção em face de outra menos agressiva ao princípio que concorre com aquele que o aplicador pretende privilegiar. Alexy o diz, claramente, no Epílogo da sua Teoria dos Direitos Fundamentais. Esclarece que “ao legislador não está categoricamente prescrito que adote o meio mais benigno”. Apenas se impõe ao legislador que, ao deliberar por perseguir um determinado fim, adote “ou um meio igualmente benigno ou um meio um pouco mais benigno”.<sup>509</sup> O teste não fica reduzido a um exame de oportunidade.

Alexy também acentua que nem o subprincípio da adequação nem o da necessidade levam a que se exija um comportamento que atinja um ponto máximo de otimização de um princípio, antes, trata-se “simplesmente da proibição de sacrifícios desnecessários para os direitos fundamentais”.<sup>510</sup>

---

<sup>507</sup> Nesse sentido, Bernal Pulido. El principio..., ob. cit., pp. 743-742.

<sup>508</sup> Bernal Pulido. El principio..., ob. cit., p. 746.

<sup>509</sup> Robert Alexy. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios, 2004, p. 43.

<sup>510</sup> Alexy. Epílogo..., ob. cit., p. 43.

Os subprincípios que cuidam das possibilidades fáticas da máxima satisfação da norma-princípio expressam a idéia do ótimo de Pareto.<sup>511</sup> Os subprincípios visam a que se possa escolher a opção de ação que mais favorece o princípio privilegiado com menos detrimento para o que foi considerado de menor peso.

### **O teste da proporcionalidade em sentido estrito**

O limite de satisfação do princípio referente às suas possibilidades jurídicas é o objeto do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Quando dois princípios válidos colidem, há duas ordens de otimização inconciliáveis entre si. A satisfação de um princípio depende da desestimação do outro. A realização de um se faz às custas do outro. Torna-se imprescindível apurar qual dos dois princípios tem maior peso para a solução do problema. Está determinada, então, a ponderação. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento da ponderação.<sup>512</sup>

Nas suas fontes alemãs, a expressão “proporcionalidade em sentido estrito” foi formulada numa tese influente, de 1953, de Rupprecht Krauss, que advogava ser a ponderação parte fundamental do princípio da proporcionalidade. O autor se referia ao subprincípio como o procedimento de “relacionar duas ou mais quantidades que podem ser medidas segundo um parâmetro comum”. Distinguiu a proporcionalidade em sentido estrito do teste da necessidade, apontando que “se uma medida precisa

---

<sup>511</sup> Alexy. “On the structure...”, ob. cit., p. 298. Da mesma forma, Alexy. Teoria de los derechos..., ob. cit., p. 164. Neste último lugar, Alexy expõe o que esse “ótimo” significa: “Segundo esse critério, deve-se preferir uma constelação A a uma constelação B, se no passo de A a B nenhum dos participantes resulta pior situado do que antes e, ao menos um dos participantes experimenta uma melhora”.

<sup>512</sup> Alexy. Teoria de los derechos..., ob. cit., p. 112. Da mesma forma, Robert Alexy. Constitucionalismo Discursivo (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado

apenas ser necessária, então um interesse público de importância negligenciável pode levar a uma severa interferência sobre um direito [fundamental], sem ser por isso inválida”.<sup>513</sup> A Corte Constitucional alemã acabou por adotar, sem dificuldade, a perspectiva recomendada, levando antigo juiz do Tribunal a se dar conta de que “o princípio foi introduzido como se pudesse ser tomado por óbvio”.<sup>514</sup>

Alexy diz que esse subprincípio “é idêntico à lei da ponderação, que estabelece o seguinte:

“Quanto maior é o grau de não satisfação ou de prejuízo de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro [princípio]”.<sup>515</sup>

O juízo de ponderação deve percorrer três etapas.

Num primeiro momento, deve ser apurado o grau de não-satisfação de um dos princípios em confronto. É o mesmo que apurar a importância do princípio que sofre o prejuízo com a medida adotada. Essa magnitude do princípio é referida como o “peso” do princípio. Esse peso tem duas dimensões. A primeira é a abstrata, que tem a ver com a importância material do princípio no sistema constitucional e que se desvenda pelo trabalho de reconhecimento dessa magnitude na prática constitucional e na doutrina assentada. A segunda dimensão é a concreta, pela qual se apura a relevância do princípio no caso circunstanciado que se examina.

---

Editora, 2007, p. 132, em que diz que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito “é o campo da ponderação”.

<sup>513</sup> Citações em Sweet e Mathews. “Proportionality, balancing...”, ob. cit., pp. 21 e 22.

<sup>514</sup> A frase é de Dieter Grimm, no artigo “Proportionality in Canada and German Constitutional Jurisprudence”, citada por Sweet e Mathews. “Proportionality, balancing...”, ob. cit., p. 23.

<sup>515</sup> Alexy. Epílogo..., ob. cit., p. 48. Vale conferir, igualmente, Robert Alexy. “Constitutional rights, balancing and rationality”. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, pp. 131-140, em que o autor torna a expor os passos em que se decompõe a lei da ponderação e se esforça por demonstrar a racionalidade inerente a cada qual e a sua relevância para a eficácia dos direitos fundamentais.

A intensidade da intervenção sobre o princípio reflete o grau de eficácia da medida que o afeta.<sup>516</sup> Dá-se a descobrir pelo exame da duração da interferência, pela estimativa da urgência em se obter o fim desejado pelo legislador,<sup>517</sup> e pela consideração da amplitude dos aspectos atingidos do âmbito normativo do princípio que sofre com o ato. Assim, quanto mais expressivos forem esses fatores, maior deverá ser o peso do princípio que pretende prevalecer, a tais custos, no caso apreciado.

Não há critério absoluto que estabeleça para todos os casos uma solução inequívoca. A ponderação sofre o condicionamento da moral política da sociedade e do desenvolvimento que esta imprime à dogmática dos direitos fundamentais e à própria prática constitucional — anotando Alexy, não obstante, que existe “um núcleo de direitos humanos, cujo centro se mostra crescentemente insensível à História, e um marco, que, ao se afastar desse centro, se faz crescentemente suscetível a variações históricas”.<sup>518</sup>

Alexy intenta esboçar um critério aproximativo para lidar com a dimensão do peso dos princípios, dizendo que o direito fundamental apresenta-se como mais significativo – e portanto incorpora maior peso – quanto mais intensamente se mostre a sua importância para atender a necessidades relacionadas com a vida humana e com a autonomia do indivíduo.<sup>519</sup>

---

<sup>516</sup> Quanto mais provável a medida mais intensa será a interferência. Assim, distinguem-se a ameaça, por exemplo, da efetiva afetação de posição, da mesma forma que não se confundem medidas que apresentem maior ou menor grau de terem os seus efeitos contornados ou minorados por providências adicionais.

<sup>517</sup> A esse respeito, Bernal Pulido, *El principio...*, ob. cit., p. 777-779.

<sup>518</sup> Robert Alexy. “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático”. *Derechos y Libertades*, vol. 8, 2000, p. 29.

<sup>519</sup> Alexy. “La institucionalización...”, ob. cit., p. 28. Diz o autor que “um interesse ou uma necessidade é fundamental, quando a sua violação ou a sua não-satisfação significa ou a

Qualquer raciocínio válido do ponto de vista da teoria da argumentação pode ser desenvolvido para justificar a imputação de um maior ou menor peso ao princípio considerado. Assim, não apenas a proximidade do direito ao núcleo da vida e da autonomia do indivíduo vale para postular um maior peso a um dado princípio, como também servem de vetores argumentativos o grau de interferência sobre a função a que o direito fundamental se destina, a extensão do âmbito normativo do direito afetado (apurando-se se ele fica atingido em todas as posições a ele ligadas ou em apenas algumas) e a repercussão da interferência sobre outros direitos fundamentais, dada a confluência de princípios constitucionais.<sup>520</sup>

Há que se considerar, da mesma forma, que uma intervenção afetando o núcleo essencial do direito, desnaturando-o no caso ou suprimindo-lhe toda a proteção, deve ser considerada como de máxima intensidade.

As interferências sobre direitos conectados ao princípio democrático, já que a autonomia pública se situa no núcleo dos valores a que socorrem os direitos fundamentais, candidatam-se a serem consideradas intensas. Daí, o peso especial das liberdades de consciência, de expressão, de imprensa, de informação, de reunião, de associação e de participação no processo político. O vínculo estreito do princípio com o postulado do respeito à dignidade da pessoa humana, vértice da estrutura do direito, da mesma forma atrai-lhe peso mais significativo.

Em seguida, no processo de ponderação, segundo Alexy, deve ser definida a

---

morte ou um padecimento grave, ou então toca o núcleo essencial da autonomia. (...) Quanto mais fácil um direito possa ser justificado diante de todos, mais é fundamental”. Sobre a autonomia, escreve no mesmo texto, p. 38: “A autonomia é um bem fundamental dos direitos humanos. Possui duas dimensões: uma privada e outra pública. A autonomia privada diz com a eleição individual que a pessoa faz e da realização de uma concepção pessoal do bem. O objeto da autonomia pública é a escolha, que se faz conjuntamente com outros, e a realização de uma concepção política do justo e do bom”.

importância do cumprimento do princípio contrário, respeitando-se um quadro de argumentação que espelha o acima descrito.

Observe-se que esses dois passos são análogos.<sup>521</sup> Cuida-se de verificar em que medida os princípios são afetados no caso concreto – o primeiro negativamente e o segundo positivamente.

No último passo do controle da proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se se a importância da satisfação do princípio que opera em sentido contrário justifica o dano ou a não-satisfação do outro.<sup>522</sup> Há, portanto, um cotejo da vantagem para o princípio preferido com o custo que se carrega para o princípio relegado. Compara-se o objeto da intervenção com o efeito que ela produz sobre o princípio (direito fundamental) oposto.

Ao cabo dessas operações, será possível estruturar-se um argumento que postule uma relação de prioridade entre o princípio (direito fundamental) submetido à intervenção e o princípio oposto, que embasa a medida de intervenção sobre aquele. O princípio a que se reconhecer maior peso terá transformada em definitiva a sua aplicação *prima facie* sobre o caso.

Nos desdobramentos dos seus estudos, Alexy dedicou-se a refinar a lei da ponderação, deduzindo uma *fórmula do peso* dos princípios contrastantes. A fórmula do peso está desenvolvida no *Epílogo* que acompanhou a edição em inglês da Teoria dos Direitos Fundamentais, sendo referida também em outros recentes artigos do autor.

Alexy parte de uma escala triádica dos pesos que se podem atribuir tanto ao

---

<sup>520</sup> A propósito, Bernal Pulido. El principio..., ob. cit., pp. 765-768.

<sup>521</sup> A propósito, Carlos Bernal Pulido. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 99.

direito afetado como às razões para nele se operar a interferência. Essas interferências podem ser leves, médias ou graves. Alexy acrescenta que haverá caso de intervenção extraordinariamente grave, que pela sua contundência não seria, na prática, passível de justificação, invalidando-se por isso.<sup>523</sup>

Situar a interferência sobre o princípio numa daquelas três primeiras categorias não expressaria um exercício arbitrário do aplicador, mas exprimiria atividade que colhe racionalidade e margem de controle por se efetuar “no marco de uma argumentação”.<sup>524</sup>

Na equação descrita por Alexy, classifica-se como leve, médio ou grave o grau de não satisfação de um princípio, conforme a intensidade da intervenção sobre ele no caso concreto. Da mesma forma, assim se qualifica a importância dos princípios relevantes. Alexy sustenta que a grandeza dos princípios deve ser vista tanto no caso concreto como em abstrato e aponta que esses dois pesos, abstrato e concreto, de cada princípio integram-se a cada termo da fórmula da ponderação que ideou.<sup>525</sup>

Os elementos essenciais do caso concreto a serem tomados em conta, esclarece ainda Alexy, “são a medida examinada e as conseqüências que a sua execução ou a sua não-execução têm para os princípios implicados”. A importância concreta de um princípio se mede, na análise de Alexy, pela magnitude do prejuízo que esse mesmo princípio há de suportar se não houver a intervenção sobre o

---

<sup>522</sup> Alexy. Epílogo..., ob. cit., p. 49 e Alexy. Constitucionalismo..., ob. cit., p. 133.

<sup>523</sup> Alexy. Epílogo..., ob. cit., p. 57.

<sup>524</sup> id, p. 59.

<sup>525</sup> id, pp. 59-62. Na página 61, Alexy exemplifica: “É possível construir um conceito de importância que esteja integrado por uma magnitude concreta e uma abstrata. Desse modo, por exemplo, a vida humana tem em abstrato um peso superior à liberdade geral de fazer ou não fazer o que se queira. Assim, a importância que tenha a proteção da vida em uma dada situação pode ser determinada segundo o peso abstrato da vida e segundo o risco no caso concreto”.

princípio que se lhe opõe.<sup>526</sup> O peso concreto de cada princípio é um peso relativo. O peso concreto de um princípio expressa a sua importância relativamente ao princípio que com ele disputa a primazia no caso concreto.<sup>527</sup>

Afinal, o princípio que prepondera na proporcionalidade em sentido estrito dependerá do quociente da importância (leve, média ou grave) da intervenção sobre o princípio que joga em contrário no caso concreto, tendo em vista (dividido pelo) o peso (importância leve, média ou grave) do princípio que sofrerá a intervenção. Nos dois termos da divisão se leva em conta também o peso abstrato de cada princípio — que, no mais das vezes, se equivalem, e, por isso, podem ser descartados da operação proposta.

Dada essa fórmula do peso, a desproporção em sentido estrito ocorrerá se a importância concreta do princípio que orienta a intervenção for menor do que a intensidade da intervenção sobre o princípio contrário. Isso acontecerá, por exemplo, se a intervenção for leve e o princípio que sofrer a intervenção tiver peso médio ou grave — o que se pode ilustrar com um caso extremo de uma lei que pune com pena de reclusão uma singela infração de estacionamento de veículo em fila dupla. A interferência sobre a liberdade pessoal é grave, ao passo que o interesse que inspira a intervenção (o fluir do trânsito) há de ter reconhecido um peso leve.

A fórmula pode também gerar empates. Desses casos, Alexy deduz uma “margem de atuação estrutural” em favor do legislador, que poderia realizar ou não a interferência. A margem estrutural para a ponderação se verifica “se as razões para a intervenção são tão fortes como as razões que jogam contra”, hipótese em que “a intervenção não é desproporcionada”. Da mesma forma, a omissão na proteção de um

---

<sup>526</sup> Alexy. *Epílogo...*, ob. cit., p. 63.

direito estará justificada, se as razões para que não se atue são tão poderosas como as que operam para outorgar a proteção.<sup>528</sup>

Para Alexy, essa margem estrutural para a ponderação favorece o legislador. Beneficia também decisões judiciais dos tribunais submetidos ao crivo do tribunal constitucional, já que a corte de cúpula pode entender que a compreensão de um problema, mesmo do ponto de vista constitucional, admite como igualmente possíveis soluções contrapostas adotadas sucessivamente nas instâncias inferiores.<sup>529</sup>

Alexy acrescenta, no Epílogo, um outro dado para a fórmula do peso. Alexy aprimora a sua equação com o elemento alusivo ao grau de certeza das apreciações normativas e empíricas envolvidas na definição dos demais termos que compõem a fórmula.

Pode ocorrer de duas interpretações serem igualmente possíveis e plausíveis para um direito fundamental, resultando em conseqüências diversas. Isso resultaria numa “insegurança para levar a cabo a ponderação”, sob o pressuposto de uma “insegurança normativa”<sup>530</sup>. Nessa hipótese, “estima-se impossível reconhecer qual das possibilidades [de compreensão do direito fundamental] é a que pode ser melhor fundamentada”.<sup>531</sup> Estaria caracterizada, nesse quadro, uma *margem de ação epistêmica* (ou cognitiva) de tipo *normativo* em favor do legislador. Reconhecer essa margem de ação epistêmica para o legislador significa, segundo explica Alexy,

<sup>527</sup> Alexy. Epílogo..., ob. cit., p. 68.

<sup>528</sup> Alexy, Epílogo..., ob. cit., pp. 75 e 76 (trecho da transcrição na página 75)

<sup>529</sup> Alexy. Epílogo..., ob. cit., pp. 80-81. Alexy recolhe precedente da Corte Constitucional (BverfGE 94, 1 (10), em que um tribunal regional tomara decisão favorável ao indivíduo, enquanto o Tribunal Superior o fizera sucumbir. A Corte Constitucional declarou que ambas as soluções eram possíveis, afirmando que “a interpretação do Tribunal Superior é tão pouco objetável quanto aquela do Tribunal Regional”. No Brasil, isso equivaleria a se dar aplicação à Súmula 400 do STF em matéria constitucional, o que esbarra na prática do STF, que não aplica a Súmula diante de questão constitucional.

<sup>530</sup> Alexy. Epílogo..., ob. cit., p. 99.

“reconhecer-lhe a competência para determinar dentro de um certo contorno (exatamente o contorno da margem de ação cognitiva) o que está ordenado e proibido e o que é facultado, de acordo com os direitos fundamentais”.<sup>532</sup> O julgador não poderia, em caso assim, deixar de aderir à ponderação levada a efeito pelo legislador, quando ditou a intervenção ou se omitiu em realizá-la. Estaria configurada, então, uma margem de liberdade do legislador, indene à crítica judiciária, por força dos princípios formais da democracia-representativa e da separação dos poderes. Alexy alude, aqui, à relevância do que denomina de *princípio procedimental*, o qual “impõe que o legislador democraticamente legitimado seja, na maior medida possível, quem toma as decisões importantes para a comunidade”.<sup>533</sup>

Pode, de outro lado, variar o grau de certeza dos efeitos concretos que a prevalência de um princípio produzirá no outro colidente. Pode não haver confiança bastante sobre a procedência da razão material, no que toca aos seus aspectos empíricos, para a intervenção.<sup>534</sup> Quando não se tem segurança sobre os fatos relevantes para se firmar convicção sobre a adequação e a necessidade da medida, fala-se em uma “margem de ação com respeito ao conhecimento de fatos relevantes, quer dizer, uma margem de ação epistêmica de tipo empírico”.<sup>535</sup> Igualmente aqui, o

---

<sup>531</sup> Alexy, *Epílogo...*, ob. cit., p. 102.

<sup>532</sup> Alexy, *Epílogo...*, ob. cit., p. 98.

<sup>533</sup> Alexy, *Epílogo...*, ob. cit., p. 89.

<sup>534</sup> Alexy (*Epílogo...*, ob. cit., p. 29 e 83 e ss.). Na página 29, Alexy expõe o caso que a Corte Constitucional alemã teve que resolver em 1994. Cuidava-se de apurar se a sanção penal à produção, comércio, divulgação e aquisição de produtos à base da *cannabis sativa* se conciliava com o direito geral à liberdade e com a liberdade pessoal, garantidos na Lei Fundamental. A discussão girou em torno de saber se a liberação da droga não seria um meio mais benigno e igualmente eficaz para conjurar os perigos do comércio ilegal da substância. O Tribunal afirmou que não dispunha de conhecimentos cientificamente fundados que impusessem necessariamente uma ou outra alternativa; por isso, assentou que “o legislador ostenta a prerrogativa de apreciação e de decisão para eleger entre várias alternativas potencialmente adequadas para alcançar o fim legislativo”.

<sup>535</sup> Alexy, *Epílogo...*, ob. cit., p. 84.

legislador goza de liberdade de escolha entre ações cabíveis, excluída da crítica judiciária por força do princípio procedimental.

A fórmula do peso no caso concreto deve, portanto, também incluir a consideração sobre a certeza das premissas empíricas envolvidas na hipótese de intervenção que se aprecia. O grau de certeza das razões trazidas ao debate há de ter influência sobre o resultado da ponderação, não cabendo, por exemplo, que de premissas fáticas fouxas em termos persuasivos resultem interferências dramáticas em direitos fundamentais. Alexy extrai desse ângulo da operação de calibragem entre princípios colidentes o que chama de “segunda lei da ponderação”, a estatuir que:

“Quanto mais intensa for uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que sustentam a intervenção”.<sup>536</sup>

Assim, enquanto a primeira lei da ponderação (quanto mais alto o grau de não satisfação ou de prejuízo a um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro) leva em conta aspectos de conteúdo dos direitos envolvidos, a segunda lei cuida de aspectos epistêmicos envolvidos na discussão. Por isso, Alexy também chama a primeira lei da ponderação de “lei material da ponderação”, e a segunda, de “lei epistêmica da ponderação”.<sup>537</sup>

Como o grau de certeza das premissas da ponderação não é o único elemento relevante nem pode ser considerado isoladamente, não resulta que o princípio formal do procedimento haverá de prevalecer sempre, independentemente do grau de prejuízo que a medida interventiva acarreta para o direito fundamental que sofrerá a compressão. A ser diferentemente, ficaria reduzido à irrisão o vínculo do legislador

---

<sup>536</sup> Alexy. Epílogo..., ob. cit., p. 93.

<sup>537</sup> Alexy. Epílogo..., ob. cit., p. 93.

aos direitos fundamentais. Assim, se resta positivado que uma intervenção sobre um direito fundamental não se justifica por nenhuma razão de substância, será ela inconstitucional.<sup>538</sup> Para que um princípio formal possa prevalecer sobre um direito fundamental, há de se somar a outro princípio de cunho material. Disso Alexy extrai uma nova lei, que denomina de “lei da conexão”, formulada assim:

“Os princípios formais procedimentais podem prevalecer sobre os princípios jusfundamentais materiais somente quando estão ligados a outros princípios materiais”.<sup>539</sup>

Na linha do que percebe ser a orientação da Corte Constitucional alemã, Alexy distingue, também com relação à importância da certeza epistemológica na ponderação, três graus de intensidade de controle – o grau do certo e seguro, o do sustentável ou plausível e o do não-evidentemente falso.<sup>540</sup>

A fórmula do peso, enriquecida pela perspectiva do grau de certeza epistemológica dos termos da ponderação, termina por propor como resultado da ponderação de um peso em face de outro o quociente entre o produto da importância no caso concreto do primeiro princípio com o seu peso abstrato e o grau de segurança epistêmica oferecido pelas premissas relativas à interferência sobre ele, de um lado, e, de outro, o produto da importância concreta do segundo princípio com o seu peso abstrato e o grau de segurança epistêmica oferecido pelas premissas relativas à interferência sobre ele.<sup>541</sup>

Os casos de empate na ponderação constituem os limites da competência do tribunal constitucional. O tribunal não poderia, diante de controvérsia definida pela

---

<sup>538</sup> Nesse sentido, Alexy. *Epílogo...*, ob. cit., p. 106.

<sup>539</sup> Alexy. *Epílogo...*, ob. cit., p. 107.

<sup>540</sup> Alexy. *Constitucionalismo discursivo*, ob. cit., p. 150.

<sup>541</sup> Alexy (*Constitucionalismo discursivo*, ob. cit., p. 151) reduz esses termos da fórmula às seguintes notações:  $G_{i,j} = I_i.G_i.S_i/I_j.G_j.S_j$ .

margem de ação estrutural ou de ação epistêmica nas suas duas modalidades, impor-se ao legislador, já que “as competências do tribunal terminam no limite do prescrito definitivamente pelos direitos fundamentais”.<sup>542</sup>

A ponderação assim vista é apontada como consequência da natureza de princípio das normas. Trata-se de uma imposição decorrente da natureza de mandamentos de otimização identificada em tais normas, a significar que se deve buscar o máximo cumprimento possível dos princípios, no contexto também das possibilidades jurídicas da sua atuação. Alexy afirma que “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter de princípio das normas de direito fundamental”.<sup>543</sup>

### **Exame da fórmula da ponderação**

Decerto que tais leis e fórmulas adscritas ao processo da ponderação não exprimem um algoritmo<sup>544</sup>, por si mesmo capaz de propiciar uma única solução para cada problema. Persistem na operação da ponderação aspectos que não se apresentam inequívocos e que se abrem ao dissenso. A influência da escala de valores peculiar ao julgador não é eliminada.<sup>545</sup>

---

<sup>542</sup> Alexy. *Epílogo...*, ob. cit., p. 101.

<sup>543</sup> Alexy. *Teoria...*, ob. cit., p. 112.

<sup>544</sup> A feliz comparação é de Bernal de Pulido. *El derecho...*, ob. cit., p. 110.

<sup>545</sup> Exemplo disso pode ser encontrado em ilustração ideada por Bernal Pulido da atribuição de pesos a interesses num processo de ponderação. O autor, estudando a importância que se deve atribuir à liberdade religiosa de quem se opõe a transfusão de sangue por motivos de crença religiosa, tem este último fator como de relevo médio ou leve, sem mais justificativas. Para quem assume uma crença e está disposto a ser-lhe coerente mesmo às custas da própria vida, a atribuição do grau médio ou leve de relevância para o princípio da liberdade de crença é, pelo menos, bastante polêmica.

Alexy se mostra consciente de que a sua fórmula não se converte em equação suficiente, por si só, para a solução de todos os problemas envolvidos em casos de colisão. A lei da ponderação não encobre o momento de avaliação axiológica por parte do aplicador, marcado por inevitável quinhão de subjetivismo. Nem por isso, contudo, a fórmula proposta por Alexy deixa de ser relevante para a condução racional de decisões. Ela mostra o que deve ser objeto de argumentação jurídica, tornando-se, assim, o elo com a teoria da argumentação jurídica racional.<sup>546</sup>

A fórmula da ponderação expõe uma pauta de itens a serem apreciados para que se possa cogitar de uma deliberação racionalmente orientada. Em virtude dela, a teoria dos princípios se mostra consideravelmente mais substancial do que uma mera catalogação de *topoi* argumentativos, mas não dispensa – antes reclama – “um complemento por meio de uma teoria da argumentação jurídica de maior alcance”.<sup>547</sup>

A fórmula da ponderação não leva a resultados de antemão indisputáveis e previsíveis, mas expressa um modelo de racionalidade realizável. Presta-se como medida de racionalidade de decisões tomadas. Apenas num sistema que adotasse unicamente regras seria possível esperar soluções de plena segurança jurídica; num sistema híbrido, como o que domina o momento constitucional em todo o mundo, não

---

<sup>546</sup> Alexy diz a esse propósito: “Já do conceito de princípio resulta que na ponderação não se trata de uma questão de tudo ou nada, mas, antes, de uma tarefa de otimização. Nessa medida, o modelo de ponderação responde ao princípio da concordância prática. (...) Certamente, a lei da ponderação, enquanto tal, não formula nenhuma pauta com cuja ajuda seriam resolvidos definitivamente os casos. O modelo da ponderação como um todo, porém, proporciona um critério ao vincular a lei da ponderação com a teoria da argumentação jurídica racional. A lei da ponderação diz o que deve ser fundamentado racionalmente. Portanto, (...) não é uma fórmula vazia” (Teoria..., ob. cit., p. 167). Em outro lugar, adverte que o modelo da ponderação “somente nos diz a direção do argumento. Não prescreve nenhum resultado” (Alexy. “Derechos, razonamiento...”, ob. cit., p. 47).

<sup>547</sup> Alexy. “Sistema jurídico...”, ob. cit., p. 148.

há alternativa conseqüente para o modelo da ponderação.<sup>548</sup>

A estrutura proposta por Alexy exige a exposição pormenorizada do raciocínio do julgador para resolver cada questão complexa. A decisão ganha em transparência com isso, abrindo-se mais facilmente ao confronto crítico.

A fórmula do peso permite que se apure a medida de racionalidade, a satisfação das condições da argumentação prática racional, e a adequação dos termos tomados em conta no processo decisório.

Alexy não disputa a importância dos juízos que embasam a imputação dos pesos dos princípios como leves, médios ou graves. Afirma que essas implicações também devem ser fundamentadas racionalmente, “expressando pretensão de correção que, dentro do discurso pode ser justificada como a conclusão de outro esquema de inferência”<sup>549</sup>

Para Alexy – importa reter – o método não redundaria num particularismo dissolvente, que terminaria por depreciar a função da dogmática e dos precedentes judiciais. Para Alexy, o resultado das ponderações que se realizam no caso concreto desaguam numa regra, aplicável a casos futuros análogos, em que os mesmos princípios tornem a se defrontar ante iguais circunstâncias básicas, consoante a sua já referida *lei da colisão*.<sup>550</sup>

Alexy garante, assim, o requisito de legitimidade da universalidade, segundo

---

<sup>548</sup> Alexy, cuidando da objeção à teoria dos princípios, relacionada com o postulado da segurança jurídica, além de ver na força da jurisprudência constitucional um fator estabilizante, favorecedor da previsibilidade de conseqüências dos atos, alude “à falta de alternativas aceitáveis, que possam garantir uma medida maior de segurança jurídica do que o modelo regra/princípios” (Alexy. *Teoria...*, ob. cit., p. 172).

<sup>549</sup> Robert Alexy. “Balancing, constitutional review, and representation”. *I-Con.* Volume 3, Number 4, 2005, pp. 576-577.

<sup>550</sup> Recordem-se as palavras do professor de Kiel para defini-la: “As condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a

os critérios que predica à teoria da argumentação. Prestigia, da mesma forma, o valor da segurança jurídica, atendendo a exigências de coerência, elemento indispensável a todo sistema racional.

Isso não obstante, a regra obtida pela ponderação, estabelecendo a prevalência de um princípio sobre o outro, é *derrotável*, no sentido de que “o seu antecedente não é condição suficiente de seu conseqüente”.<sup>551</sup> O valor da coerência e da universalidade pode ceder espaço para valores de caráter pragmático, ante, por exemplo, uma nova visão firmada no meio jurídico sobre o peso dos mesmos princípios anteriormente postos em equilíbrio. Desse modo, também as regras acabariam por ostentar feição de razões *prima facie*.

Atento às exigências de universalidade e coerência, Alexy não preconiza um modelo de ponderação *ad hoc*, em que o aplicador pondera para resolver apenas um caso concreto específico, sem pretender formular razões que possam ser universalizáveis, i. é, que possam vir a ser válidas para outros casos futuros com as mesmas características essenciais. O seu modelo descrito e prescrito mais se aproxima da ponderação categórica<sup>552</sup>, embora em sentido fraco. A ponderação realizada num

---

conseqüência jurídica do princípio precedente” (Alexy. *Teoria de los derechos...*, ob. cit., p. 94).

<sup>551</sup> Giorgio Maniaci. “Algunas notas sobre coherencia y balance en la teoría de Robert Alexy”. *Revista Isonomia*, n. 20, abril de 2004, p. 139. Prieto Sanchís também ressalta a importância da coerência para o sistema e para a própria legitimidade da atividade de ponderação, dizendo: “A ponderação se dirige à construção de uma regra e, se tomarmos a sério as exigências da argumentação, isso significa o respeito a um princípio de universalização que opera como garantia última de racionalidade. A universalidade nos obriga a considerar todas as circunstâncias relevantes e a justificar à vista delas uma solução suscetível de ser assumida no futuro por todos e pelo próprio juiz” (Prieto Sanchís. *Justicia constitucional...*, ob. cit., pp. 206-207).

<sup>552</sup> Mark Tushnet caracteriza a ponderação categórica (*definitional balancing*), indicando que, nela, “identifica-se um conjunto de interesses implicados num problema, e se gera uma regra que formula um balanço próprio desses interesses. (...) Assim, a ponderação categórica pode levar a se adotar uma regra poribindo a aplicação de uma lei de sedição, exceto quando, por exemplo, o discurso apresenta probabilidade de provocar iminente quebra da ordem.” (Mark

caso, segundo esse modo de ver, não rende uma solução normativa para todos os casos em que os princípios considerados entrarem em rota de colisão. Produz apenas uma relação de prioridade condicionada, e, no processo, incidem as regras de argumentação racional, no contexto das peculiaridades do discurso jurídico, traduzindo-se, por isso, como quer Alexy, num caso especial do discurso prático. Trata-se de uma ponderação pragmática, que “adota um compromisso equilibrado entre os valores da certeza do direito, da racionalidade argumentativa e da eficiência das prestações jurídicas”.<sup>553</sup> Daí que, para Alexy o juiz não precisa levar em conta todas as circunstâncias que possam envolver os princípios em atrito, limitando-se, antes, àquelas relevantes para a solução do caso a ser deslindado. A ponderação se dá para o caso concreto, embora tenha vistas também para alcançar outros tantos de iguais matizes.

Alexy enfatiza a importância, para além da decisão particular tomada, da ponderação que ali aconteceu. Lembra que “as condições de prioridade estabelecidas até o momento num sistema jurídico e as regras a que correspondem proporcionam informação sobre o peso relativo dos princípios”. Mesmo, pois, que o aplicador se veja diante de circunstâncias não exatamente iguais à daquele caso, as condições de prioridade que as regras da ponderação propiciam “abrem a possibilidade de um

---

Tushnet. “Anti-formalism in recent constitutional theory”. *Michigan Law Review*, n. 83, 1984-1985, p. 1514. Iddo Porat (Balancing in constitutional law..., ob. cit., p. 134, situa a ponderação categórica como tentativa de justificação da ponderação em face de críticas ao seu caráter político. Anota que o objetivo da ponderação categórica é o de fixar o escopo de um direito em definitivo, para o futuro, “absolvendo as subseqüentes decisões judiciais da necessidade de efetuar novas ponderações”. O autor conclui que os problemas típicos da ponderação ficam resolvidos talvez para o futuro, mas para definir o direito no caso pioneiro, “a se dedica a uma ponderação igual à que efetua num caso de ponderação *ad hoc*”.

<sup>553</sup> Maniaci. “Algunas notas...”, ob. cit., p. 165. Confirmam-se também, para uma visão mais ampla do tema, o mesmo artigo às pp. 158-165

procedimento de argumentação que não se daria sem elas”.<sup>554</sup> O sistema de prioridades *prima facie* confere uma certa ordenação aos princípios e permite uma distribuição de ônus argumentativo. A prioridade que se conferiu a um princípio pode ser desfeita no futuro, mas caberá a quem postula a modificação o ônus de argumentar contrariamente à solução encontrada no passado.

A teoria de Alexy, ainda, pretende amainar a tensão entre o princípio da representação democrática e o modelo jurisdicional de controle do legislativo por órgão que não apresenta legitimidade eleitoral.

Alexy reconhece que “a questão da ponderação é o principal problema da dimensão metodológica do controle de constitucionalidade” e identifica “o principal problema de caráter institucional [na] questão de como justificar o poder jurídico de uma corte constitucional invalidar atos do parlamento”.<sup>555</sup>

Para Alexy, embora os juízes não disponham de legitimação democrática direta, não sendo controlados pelo povo, mediante o sistema eleitoral, o controle de constitucionalidade, em que se desempenha juízo de ponderação, é compatível com a democracia, na medida em que é considerado, também, como uma forma de representação do povo. Recorre, para justificar essa assertiva ao conceito de *representação argumentativa*, vinculado ao modelo de democracia deliberativa, que expressa um “esforço para institucionalizar, tanto quanto possível, o discurso como meio para a tomada de decisões públicas”.<sup>556</sup>

Enquanto no parlamento a representação do povo se realiza tanto por meio de eleição como de argumentação, no tribunal constitucional, a representação ocorre

---

<sup>554</sup> Alexy. “Sistema jurídico...”, ob. cit., p. 147.

<sup>555</sup> Alexy. “Balancing, constitutional...”, ob. cit., p. 578.

<sup>556</sup> Alexy. “Balancing, constitutional...”, ob. cit., p. 579.

apenas por este último meio. As decisões do tribunal, ademais, se desenvolvem por intermédio de um discurso que não é ilimitado, já que se pode distinguir um argumento ruim ou bom, pior ou melhor, no âmbito do sistema constitucional. Além disso, os argumentos do tribunal devem estar conectados com o que as pessoas realmente pensam, para que se dê a função de representação.<sup>557</sup>

Alexy, a seguir, recorre aos seus estudos sobre os casos de empate na ponderação, para ressaltar o espaço que a ponderação deixa aberto à liberdade do legislador, dentro do pressuposto de que a Constituição não decide de antemão todos os casos surgidos.

A correção do argumento, lembra Alexy, ainda não é suficiente para que se consume a função de representação da jurisdição constitucional. Diz Alexy que, além de a Corte pretender que os seus argumentos sejam os argumentos dos cidadãos, é preciso mais — cumpre que “um número suficiente de pessoas, ao menos no longo prazo, aceite esses argumentos como razões de correção”.<sup>558</sup> O controle de constitucionalidade estaria, desse modo, legitimado num quadro de constitucionalismo discursivo, exprimindo um “ensaio para institucionalizar a razão e a correção”.<sup>559</sup>

Expressa-se, por esse modo, o ajuste entre princípio de representação democrática e a necessidade de proteção das minorias, institucionalizando-se, com eficácia e racionalidade possível, a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, que, a um tempo, garantem o processo democrático e privam a maioria

---

<sup>557</sup> Alexy. “Balancing, constitutional...”, ob. cit., p. 580.

<sup>558</sup> id. *ibidem*.

<sup>559</sup> Alexy. “Balancing, constitutional...”, ob. cit., p. 581.

legitimada democraticamente de competências para algumas decisões.<sup>560</sup>

Alexy recorre à História para concluir que não há motivo para uma confiança ilimitada no legislador democrático, apontando que “o princípio da maioria é uma ameaça constante para minorias permanentes, dificilmente organizáveis e marginalizadas”, lembrando, mais, que “a comunidade política pode experimentar períodos de sonolência e degeneração”<sup>561</sup> – tudo a mostrar o caráter indispensável de uma jurisdição constitucional. Propugna por um modelo em que o processo de reflexão política se desenvolve entre a opinião pública, o legislador e o tribunal constitucional, acreditando que os riscos reais de paternalismo judicial seriam assim conjurados, “com uma incorporação exitosa da jurisdição constitucional no processo democrático”.<sup>562</sup>

Alexy, assim, concebe teoria que situa a Constituição tanto como uma ordem fundamental, prescrevendo meios e fins, como igualmente uma ordem marco, em que se abre ao processo político uma discricionariedade delimitada de ação. O controle sobre instâncias democráticas se realiza por meio de procedimento que se define como racional na medida em que previne irracionalidades<sup>563</sup> e que intenta se inserir no mecanismo democrático pela abertura do processo das decisões tomadas à crítica social.

As características da ponderação são estendidas a outros âmbitos por autores que se dedicam ao estudo dos traços que conferem identidade ao princípio da

---

<sup>560</sup> Alexy. “La institucionalización... ob. cit., p. 40.

<sup>561</sup> id., ibidem.

<sup>562</sup> Alexy. “La institucionalización...”, ob. cit., p. 41.

<sup>563</sup> No cuidadoso balanço procedido por José Antonio Seone (Pedro Serna (ed) De la Argumentación jurídica a la hermenéutica. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 122), “por intermédio da teoria da argumentação jurídica de Alexy, se conseguiu, em certa medida, garantir a racionalidade – ou melhor a não irracionalidade – do sistema”.

proporcionalidade.

### **Mais além na ponderação**

Algumas das idéias avançadas por Alexy sobre ponderação e princípios como ordem de otimização motivam desdobramentos doutrinários e jurisprudenciais, que depuram o uso desses conceitos.

Sieckmann<sup>564</sup>, por exemplo, resume o cerne da ponderação ao propósito de determinar a qual dos argumentos colidentes se deve conceder preeminência no caso que se decide. Nessa tarefa, o julgador não aplica uma regra que determina a solução que dará ao caso, não havendo, portanto, uma operação dedutiva real. A ponderação, assume Sieckmann, envolve uma decisão autônoma. A ponderação é, diz ele, “uma espécie de autolegislação”.<sup>565</sup> O julgador desenvolve um processo de reflexão para decidir entre diferentes alternativas. Sieckmann recusa utilidade ao esforço de ver na ponderação uma mera questão de interpretação das normas, já que para esse exercício também se haverá de formular juízo de valor.<sup>566</sup>

O núcleo da ponderação é um juízo subjetivo, que se guia, não obstante, pela pretensão de correção e de objetividade. A objetividade passa a ser vista como a aceitação da norma resultante da ponderação por todos os sujeitos razoáveis.<sup>567</sup> Daí decorrem exigências controláveis, como a da não produção de “argumentos inconsistentes ou que contenham premissas empiricamente refutáveis, assim como

---

<sup>564</sup> Jan-R. Sieckmann. El modelo de los principios de derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 115 e ss.

<sup>565</sup> Sieckmann. El modelo..., ob. cit., p. 117.

<sup>566</sup> Sieckmann. El modelo..., ob. cit., p. 119.

<sup>567</sup> Sieckmann. El modelo..., ob. cit., p. 140.

exigências não universalizáveis, que não possam ser aceitas por outros sujeitos autônomos”.<sup>568</sup>

Da universalidade como critério de racionalidade, Sieckmann deduz a advertência de que, “em uma ponderação normativa, o resultado ponderativo não deve apenas ser uma decisão para o caso individual, mas tem que ser uma norma de caráter geral”.<sup>569</sup> Da mesma forma, vem daí a exigência de se considerarem para a ponderação as concepções diferentes do justo e bom, que tendem a apresentar divergências numa sociedade plural. Tratar com igual consideração os diversos interesses envolvidos impõe-se como condição da objetividade possível, e até porque, “de outra forma, aqueles cujos interesses foram postergados em sua totalidade poderiam razoavelmente negar a aprovação ao resultado da ponderação”.<sup>570</sup>

Sieckmann não esconde que “os problemas da ponderação são incomensuráveis”<sup>571</sup>, resultantes, por exemplo, da possibilidade concreta de resultados ponderativos diversos. Aponta, entretanto, que sempre será factível excluir resultados claramente falsos e definir resultados que são melhores do que outros, frisando a importância da fundamentação do processo – fundamentação que terá por objeto demonstrar a correção da relação de precedência estabelecida entre os princípios colidentes.

Com referência ao peso relativo dos princípios, por exemplo, Sieckmann lembra que vários critérios podem ser empregados para defini-los numa operação de ponderação num caso concreto, entre eles figurando o critério da força dos interesses que fundamentam o princípio. Da mesma forma, é relevante argumentativamente o

---

<sup>568</sup> Sieckmann. El modelo..., ob. cit., p. 142.

<sup>569</sup> Sieckmann. El modelo..., ob. cit., p. 126.

<sup>570</sup> Sieckmann. El modelo..., ob. cit., p. 142.

critério do peso das razões que fundamentam o princípio em jogo.<sup>572</sup> Como Alexy também o ensina, para Sieckmann, o peso relativo conferido ao princípio em outro precedente atua como razão para o sopesamento em vias de realização.

Sieckmann sugere que se leve em conta, na atividade de ponderação, o fator relativo ao grau de satisfação dos princípios envolvidos. Aduz que aqui se revela a importância da dogmática dos direitos fundamentais. A análise dos graus de satisfação depende de análises conceituais do próprio conteúdo dos princípios.<sup>573</sup> Esses critérios distinguiriam a fundamentação dos juízos ponderativos da decisão por mera intuição, ainda que não garantam univocidade dos resultados alcançáveis.

Sieckmann forma com os que entendem que “não existe uma alternativa razoável” às decisões ponderativas que incorporam uma pretensão de correção.<sup>574</sup> Em coro com Alexy, sustenta que, por uma questão de ética argumentativa, quem pretende estar correto, assume o dever de fundamentar e incorpora uma pretensão de justificabilidade para as suas asserções.<sup>575</sup>

Com percepção arguta, Sieckmann sustenta que há direitos fundamentais proclamados justamente para impedir que os poderes públicos os ponham em balanço com outros interesses. Tais direitos já seriam o resultado de ponderações prévias, realizadas pelo constituinte, perfazendo, assim, regras, afeiçoando-se a trunfos definitivos, que prevalecem sobre outros interesses mesmo que de rasgo

---

<sup>571</sup> Sieckmann. El modelo..., ob. cit., p. 144.

<sup>572</sup> Sieckmann o ilustra, dizendo: “O princípio da liberdade de expressão pode fundamentar-se no princípio democrático. Este pode justificar a atribuição de um peso maior à liberdade de expressão nos debates políticos” (Sieckmann. El modelo..., ob. cit., p. 185).

<sup>573</sup> Sieckmann. El modelo..., ob. cit., p. 187.

<sup>574</sup> Sieckmann. El modelo..., ob. cit., p. 201: “[o julgador] não pode nunca apresentar a sua decisão ponderativa como apenas uma mera decisão subjetiva, mas tem que conectá-la sempre com uma pretensão de correção. Daí se deriva que quem leva a cabo o juízo tem que considerar que, do seu ponto de vista, aplica-se ao seu juízo ponderativo a tese da única resposta correta”.

constitucional. Ilustra a sua observação, dizendo:

“Por exemplo, a proteção da vida e da integridade corporal não haverão de ponderar-se com interesses de utilizar os órgãos de uma pessoa viva para salvar a vida de outras cinco pessoas, pois o sentido da proteção dos direitos fundamentais está em que o Estado não deve realizar tal ponderação”.<sup>576</sup>

A idéia de normas de direitos fundamentais indenes à ponderação - e portanto, de aplicação necessária, uma vez realizados os seus pressupostos de fato - atrai a atenção da doutrina. Mesmo quem, como Jorge Reis Novais, assevera que “os direitos fundamentais, todos eles, quando constitucionalmente consagrados são, por natureza, imaneamente dotados de uma reserva geral de ponderação (...), podendo ceder perante a maior força ou peso que apresentem, no caso concreto, os direitos, bens, princípios ou interesses de sentido contrário”<sup>577</sup>, reconhece também que há “situações em que a própria Constituição garante uma faculdade, uma garantia, uma pretensão ou uma faceta particular do direito, mas já a título definitivo, absoluto, ou seja, o legislador constitucional fez logo ali, ele mesmo, todas as ponderações que havia de fazer”.<sup>578</sup>

A esse propósito, não é incomum que se encontrem afirmações no sentido de que, “se um direito é garantido mediante uma regra, está garantido por uma norma insuscetível de ponderação”, já que “as regras conduzem necessariamente a posições jurídicas não limitáveis”, de tal sorte que, “se uma norma que assegura um direito é

<sup>575</sup> Sieckmann. El modelo..., ob. cit., pp. 205 e ss.

<sup>576</sup> Sieckmann. El modelo..., ob. cit., pp. 135-136, nota n. 27.

<sup>577</sup> Jorge Reis Novais. Direitos fundamentais ..., ob. cit., pp. 49-50.

<sup>578</sup> Jorge Reis Novais. Direitos fundamentais ..., ob. cit., p. 51. O autor cita como exemplos de direitos dessa índole, a proibição da pena de morte, da tortura e da prisão perpétua, situações em que o “legislador ordinário, tribunais e Administração não têm mais que ponderar ou que considerar a hipótese de limitações que um direito assim tão clara e definitivamente regulado” (id. ibidem).

tomada como uma regra, então esse direito é necessariamente um direito não limitável”.<sup>579</sup>

Decerto que a definição de um direito como definitivo, e, paralelamente, da norma que o consigna como regra, pode ser vista como produto de uma subjacente e sumária ponderação anterior, desempenhada pelo próprio constituinte.

A prática judiciária também conhece essa perspectiva. Ganhou notoriedade o julgamento de 15 de fevereiro de 2006 da Corte Constitucional alemã, que fulminou de invalidez ato normativo que conferia poderes para o Ministro da Defesa abater avião civil, quando as circunstâncias levassem a crer que o aparelho haveria de ser instrumento de agressão à vida de terceiros e não se pudesse figurar outro meio para rechaçar o perigo.

O ato normativo, datado de 2004 – portanto, situado no contexto de resposta às angústias mundiais que se seguiram ao ataque de 11 de setembro de 2001 –, foi considerado inadmissível. Raciocinou-se que causar a deliberada morte de pessoa inocente, mesmo para prevenir a morte de outras mais, viola o direito fundamental à vida. A Corte afirmou que a morte provocada dos passageiros civis inocentes, “como meio para salvar outros, [significa] tratá-los como meros objetos, o que lhes nega o valor que é devido ao ser humano por si mesmo”.<sup>580</sup>

A Corte, portanto, não aceitou ponderar o número de vidas que seriam salvas com as vidas que se haveriam de perder no avião alvejado. O princípio da dignidade da pessoa, que reconhece à vida humana *status* acima de todo o valor, não se

---

<sup>579</sup> Martin Borowski. “La Restricción de los derechos fundamentales”. Revista Española de Derecho Constitucional, ano 20, n. 59, maio-agosto de 2000, pp. 39-40.

<sup>580</sup> Bundesverfassungsgericht, *Press release* n. 11/2006, de 15.2.2006, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg06-011en.html>, acessado em 16 de janeiro de 2008.

compadece de comparações, que visem a apurar, num caso concreto, para fins de guiar a ação do Estado, se a vida humana deve ceder a outro interesse qualquer – nem que seja o de outra vida humana. A Corte tampouco deixou-se abalar pela eventual curta expectativa de vida dos passageiros seqüestrados. Proclamou que “a vida humana e a dignidade humana gozam da mesma proteção constitucional, independentemente da duração da existência física de cada ser humano”.

Afora casos dessa ordem, a assertiva presente em Alexy e também desenvolvida por Sieckmann, no sentido da inevitabilidade do recurso à proporcionalidade e, especificamente à ponderação, no que tange ao trato com direitos básicos, conquistou o mundo jurídico.<sup>581</sup> Trata-se do método a que se recorre quando se busca fixar a legitimidade de restrição ou de configuração de direitos fundamentais, para fixar-lhes os limites e para resolver colisões (colisões a que se resume, tantas vezes, a operação de fixar limites dos direitos fundamentais).

O método, com a conformação aproximada daquela desenhada pela jurisprudência e doutrina alemã, estendeu-se como fórmula de aplicação de princípios por toda a Europa, alcançando inclusive os seus organismos comunitários. Tanto a Corte de Luxemburgo como a de Estrasburgo a ele recorrem intensivamente.<sup>582</sup> O

---

<sup>581</sup> Experiência interessante está retratada no vol. 18, n. 5, maio de 1997, da *Cardozo Law Review*. Michel Rosenfeld and Bernard Schlink, no outono de 1993, conduziram um julgamento fictício de um hipotético caso envolvendo conflito entre direitos fundamentais, que veio a ser discutido e julgado por constitucionalistas de renome da Inglaterra, dos Estados Unidos, Alemanha, França, Itália, Israel e Hungria. O propósito do experimento era o de, numa perspectiva de direito constitucional comparado, analisar se haveria uma convergência de perspectivas de princípios e valores no constitucionalismo contemporâneo, a partir de uma constituição fictícia, que abarcava norma do tipo princípio. A leitura dos procedimentos revela, para o que interessa a essa tese, uma aproximação das várias tendências nacionais da técnica de solução de conflitos de normas-princípio centrada no juízo de ponderação, confirmando a idéia da sua inevitabilidade.

<sup>582</sup> A propósito, para mencionar apenas algumas fontes consultadas, Nicholas Emiliou. The principle of proportionality in European Law. Londres: Kluwer, 1996, em especial das pp. 5-114. Evelyn Ellis (ed). The principle of proportionality in the laws of Europe. Portland:

método se encontra, com algumas particularidades, no sistema norte-americano e ganha crescente prestígio em Israel e na América Latina.<sup>583</sup> Na estatística de Sweet e Mathews, “ao termo dos anos 1990, virtualmente todo sistema efetivo de controle de constitucionalidade no mundo (...) abraçou as divisas essenciais do princípio da proporcionalidade”.<sup>584</sup>

Vale observar, ainda, que, se é possível, como salientado, identificar numa regra o resultado da ponderação de princípios conflitantes — e, portanto, se é cabível cogitar de uma primazia das regras sobre os princípios —, não parece exato afirmar, ao menos naqueles casos em que a regra é deduzida pelo legislador, e não pelo

---

Oxford, 1999. George Xynopoulos. Le contrôle de proportionnalité dans de contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre. Paris: LGDJ, 1995. Xavier Philippe. Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française. Aix-en-Provence: Economica, 1990. Corte Costituzionale. Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale – riferimenti compatatistici. Milão: Giuffrè, 1994. Simone Pajno e Giuseppe Verde (ed.). Alla ricerca del diritto ragionevole – esperinze giuridiche a confronto. Turim: Giappichelli, 2004. Steven Greer. “Balancing and the European Court of Human Rights: a contribution to the Habermas-Alexy debate”. Cambridge Law Journal, n. 63 (2), julho de 2004, pp. 412-434. Bernal Pulido. El principio..., ob. cit.

<sup>583</sup> Cf. Bernal Pulido. El derecho..., ob. cit.. Aharon Barak. The judge in a democracy. Nova Jersey: Princeton, 2006. Suzana de Toledo Barros. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. Wilson Antônio Steinmetz. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. Raquel Denize Stumm. Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995. Gustavo Ferreira dos Santos. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Rio: Lumen Juris, 2004. Sobretudo veja-se, no Brasil, o artigo seminal sobre proporcionalidade de Gilmar Ferreira Mendes (“A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”) recolhido mais tarde em Gilmar Ferreira Mendes. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, em especial às pp. 71-88. Na doutrina norte-americana, veja-se, por exemplo, Laurence Tribe (American Constitutional Law..., ob. cit., p. 452, no ponto em que afirma que “simplesmente não existe outro meio para que os tribunais exerçam o controle de constitucionalidade de leis sem repetidamente realizar difíceis escolhas substantivas entre valores em competição e entre inevitavelmente controvertidas concepções políticas, sociais e morais”).

<sup>584</sup> Sweet e Mathews. “Proportionality, balancing...”, ob. cit., p. 1.

constituente, que esta primazia seja definitiva e insuscetível de se ver ladeada.<sup>585</sup> Basta notar que a regra, resultante de uma ponderação, é derrotável, como já se explicou, e não há porque excluir dessa possibilidade também a ponderação expressa numa lei.

Não é de todo impossível deixar-se de aplicar uma regra a um caso, em atendimento a uma ponderação do princípio que a ela se opõe com os princípios que embasam a própria regra. Decerto que, nessa hipótese, a ponderação se tornará mais complexa, uma vez que deverá ser também considerado o peso de princípios formais democráticos que atuam para fortalecer a regra legislada. A primazia da regra em casos assim não haverá de consistir em mais do que isto: num maior peso a ser inicialmente acordado à regra, originando um incremento do ônus argumentativo a ser suportado por quem pretende que o princípio a exclui na espécie tratada. Circunstâncias dessa ordem tendem a ser descobertas com mais assiduidade em instâncias de aplicação da proporcionalidade em concreto, no contexto do duplo controle de proporcionalidade.

A esse propósito, cumpre assinalar que o teste de proporcionalidade sobre uma determinada medida desenrola-se, por vezes, em duas etapas sucessivas. É possível formular-se um juízo positivo sobre a proporcionalidade da lei que embasa a medida em questão e, não obstante, produzir-se um veredicto de inconstitucionalidade, por desproporção, da medida concreta baseada nessa mesma lei. Terá ocorrido o que já se

---

<sup>585</sup> A tese, neste ponto, diverge da afirmação de que “as regras (constitucionais e infraconstitucionais) devem ter preferência sobre os princípios. Isto é: em uma situação de conflito inevitável, a regra deve ser preservada e o princípio comprimido, e não o oposto” (Ana Paula Barcellos. Ponderação..., ob. cit., p. . 191). A autora, de toda forma, parece refluir da assertiva páginas adiante, reconhecendo que “esse parâmetro sofre algumas limitações”, aduzindo ser “de todo conveniente dispor de humildade intelectual para reconhecê-lo” (id., p. 218).

descreveu como “duplo controle de proporcionalidade”.<sup>586</sup>

O duplo controle é chamado a operar nos casos em que a lei relevante abre para o aplicador margem de apreciação sobre a sua aplicabilidade a casos concretos, muitas vezes por apresentar alguma amplitude semântica ou imprecisão de conceito, ensejando certa latitude na sua compreensão e no juízo de adequação aos fatos.

A lei - assinala Xynopoulos, buscando o abono da jurisprudência alemã - poderá, ela própria, em abstrato, vencer o teste da proporcionalidade, se o juiz apurar que os casos típicos por ela regidos não conduzem a resultados disparatados.<sup>587</sup> Uma medida mais concreta - não importa se se trata de um outro ato normativo inferior à lei ou de um ato individual propriamente dito -, que se apóia na mesma lei, poderá, contudo, não superar o teste da proporcionalidade a que também pode vir a se submeter. Em havendo essa segunda etapa, fala-se em controle em concreto da proporcionalidade.

Compõe ilustração de hipótese de duplo controle de proporcionalidade o caso, apreciado pelo Supremo Tribunal Federal e estudado por Gilmar Ferreira Mendes,<sup>588</sup> de lei que proíbe, genericamente, a concessão de liminar em certas lides. O ato normativo recebeu o aval da proporcionalidade, por responder favoravelmente ao sopesamento com os riscos reversos considerados pelo legislador ao editar a vedação. Advertiu-se, contudo, que isso não excluía a possibilidade de ocorrências concretas, ligadas à aplicação da lei, serem inadmissíveis porque desarrazoadas.<sup>589</sup>

---

<sup>586</sup> A propósito, Georges Xynopoulos. *La proportionnalité...*, ob. cit., pp. 169-173.

<sup>587</sup> Xynopoulos. *La proportionnalité...*, ob. cit., p. 169.

<sup>588</sup> Gilmar Mendes e outros. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 494-496.

<sup>589</sup> Xynopoulos dá outro exemplo de caso de controle de proporcionalidade sucessivo. Refere-se a uma lei que preveja a perda da função pública por um servidor em caso de falta grave contra os seus deveres. “O juiz - explica - examinará, em primeiro lugar, se uma tal sanção

A relevância da distinção entre proporcionalidade em abstrato e em concreto não se exaure, portanto, nos casos de abertura de discricionariedade para o aplicador.

Riccardo Guastini explica o fenômeno, relacionando o exame abstrato do conflito ou em concreto conforme a própria estrutura das normas relevantes. Fala em conflito em abstrato – gerador de um exame de proporcionalidade em abstrato – quando a colisão se ressalta no plano textual. Aqui, as hipóteses de fato abstratamente previstas nas normas cotejadas se superpõem, conectando-se a conseqüências jurídicas mutuamente incompatíveis. De outra parte, o conflito ocorre em concreto quando a disparidade de conseqüências acontece, não no plano semântico, mas no momento da aplicação das normas. Isso se deve, diz Guastini, à “simples razão de que, mesmo sendo as hipóteses de fato diversas em abstrato, existem hipóteses de fato concretas que entram no campo da incidência de ambas as normas”.<sup>590</sup> Imagina, para exemplificar, que existam no ordenamento duas normas, uma dispondo que “os cidadãos devem pagar impostos” e outra, a estatuir que “os desempregados não devem pagá-los”. Expõe, então, a sua idéia: “As hipóteses de fato a que as normas se referem – respectivamente *cidadãos* e *desempregados* – carecem de relação do ponto de vista conceitual, uma vez que existir ou não cidadão sem emprego é algo contingente. Portanto o conflito entre as duas normas não é necessário. No entanto, toda a vez que esteja em discussão a obrigação tributária de um cidadão desempregado, surge o conflito”.<sup>591</sup>

A distinção retratada nessas doutrinas mostra-se de proveito para que se exclua a precipitada conclusão negativa sobre a validade de uma lei tão-somente porque

---

poderia ser prevista pela lei e, em seguida, apenas se a sanção concreta responde às exigências da lei”.

<sup>590</sup> Riccardo Guastini. Estudios de teoría constitucional. México: Fontamara, 2003, p. 143.

apurada a hostilidade de algumas das suas aplicações às exigências da proporcionalidade. Uma lei pode ser válida e produzir, marginalmente, situações excluídas do compasso da razoabilidade. Vista a questão sob o ângulo inverso, tampouco o juízo de validade de uma lei, por atender ao requisito da proporcionalidade, acarreta, como consequência necessária, a legitimidade da sua aplicação a todas as hipóteses de sua incidência.

## **Fecho**

A busca da solução justa para conflitos não escapa a uma indagação preliminar de ordem epistemológica sobre a possibilidade mesma de se alcançar uma resposta correta e, questão ainda anterior, sobre se existe um só resultado exato para cada controvérsia. Conforme o enfoque que se dê a semelhante ordem de indagações, a arte de desfazer desacordos entre direitos de índole constitucional assume feitios distintos, amparados em fundamentos incoincidentes.

Aceito que a Constituição se compõe de normas que determinam condutas de modo definitivo e de outras que traçam vetores de comportamento, a questão encontra os seus condicionantes melhor definidos. Uma vez que a Constituição contém normas que admitem a sua satisfação em graus sucessivos, torna-se inviável extrair do texto dos preceitos constitucionais a solução para os casos que lhe são subsumidos ao modo de um singelo raciocínio silogístico.

A impossibilidade de se extrair diretamente da interpretação semântica do texto constitucional a solução dos problemas se torna ainda mais evidente no

---

<sup>591</sup> id. *ibidem*.

ambiente democrático de uma sociedade plural. A Constituição, como fator de unidade política, não pode, numa sociedade aberta, pluralista e democrática, deixar de espelhar, acolher e tutelar os valores básicos que subjazem à complexa tessitura dos interesses e aspirações dos indivíduos e grupos que a enformam. Os variados conjuntos de mundividências e de concepções de vida digna nem sempre coincidem nas conseqüências que ensejam – antes, conflitam e competem entre si. Nenhum deles pode, entretanto, ser sumariamente desprezado pela ordem jurídica, se se pretende um pluralismo efetivo, fiel à forte carga política que se empresta à palavra.<sup>592</sup> A existência de abono constitucional para valores que competem entre si é suficiente e óbvio fator de dificuldade para a tarefa de aplicar o direito constitucional.

Se tal percepção é bastante para excluir o imprudente e superado otimismo metodológico de uma Escola da Exegese; por outro lado, não dissolve disputas entre visões do direito substancialmente distintas. Positivistas e não-positivistas afinam-se em recusar que seja factível encontrar soluções para todos os problemas a partir do texto constitucional *tout court*. Concordam que casos difíceis provocam a sagacidade do sistema e do intérprete. As diferenças entre adeptos de uma e outra postura afloram, porém, quanto ao modo de enfrentar tais desafios.

Um positivista típico encontrará situações em que os melhores esforços de interpretação interna do direito – mesmo com o auxílio dos métodos literal, lógico, sistemático e acaso teleológico –, não o guiam para uma solução necessária, pela

---

<sup>592</sup> A isso parece referir-se Juarez Freitas (“A melhor interpretação constitucional ‘versus’ a única resposta correta”. in Virgílio Afonso da Silva. Interpretação constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 322), quando diz, com apreciável plasticidade: “As constituições democráticas precisam ser entendidas como intrinsecamente plurais, revestidas de inarredáveis auto-referências, pois nem toda contradição representa uma antinomia nefasta, podendo resolver-se em sinergia benéfica. Evita-se, desse modo, a falaciosa e viciada postura

impossibilidade sentida de se fixar um sentido unívoco para o direito a ser aplicado. À falta de baliza jurídica, o positivista confiará o caso à vontade, livre de peias jurídicas, do aplicador.<sup>593</sup>

A visão das normas constitucionais como regras e como princípios permitiu uma alternativa ao impasse que levou o positivismo a ceder ao subjetivismo excessivo. A noção de que os princípios incorporam valores morais operou a vinculação entre direito e moral, desconhecida do positivismo. A solução dos casos difíceis, assim, passa a se dar no interior do próprio direito, enriquecido agora pela perspectiva moral. A discricionariedade *forte* referida pelo positivista como inevitável deixa de ser admitida, porque desfeita a premissa que a justificava – a visão dos princípios agora preconizada torna também jurídica a consideração moral na solução dos problemas jurídicos.

Se é certo que toda controvérsia judicial passa a ser de possível equacionamento a partir do próprio direito, permanece, porém, a indagação sobre a

---

unilateral que promove um valor jurídico em detrimento dos demais. O direito é melhor que seus fragmentos, antes das suas vastas correlações”.

<sup>593</sup> Kelsen, por exemplo, recusa, como “tradicional”, mas inadequado, o entendimento de que do fato de uma sentença se fundar na lei se possa concluir que ela consista no único desate produzível. Desdenha do esforço por construir um método que apure a única solução capaz de se ajustar ao comando legal. Isso porque, “a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato” (Hans Kelsen. Teoria Pura do Direito - trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 246). Prossegue, dizendo: “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito” (id., p. 247). Daí a sua conhecida formulação de que “o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível” (id. ibidem).

existência de uma única resposta para cada caso e a questão da possibilidade de se conhecer essa resposta.

Atento à assimilação de conteúdos morais pelas normas-princípios, Dworkin rejeita a possibilidade de diversas soluções igualmente válidas, e, num entendimento do direito como integridade, marcado pela perspectiva da coerência, sustenta que os valores morais da comunidade podem indicar o resultado preciso, desde que se possa dispor de condições ideais de análise –favorecidas na figura de qualidades sobre-humanas do juiz Hércules. A solução de casos difíceis, assim, não se daria por um sopesamento metodologicamente desarranjado de valores conflitantes, mas surgiria de um ordenamento de razões, dirigido pelo postulado igualitário do reconhecimento a todas as pessoas da mesma consideração e respeito. Para descobrir o propósito do direito, o juiz deve ter presente a história da construção dos valores relevantes, utilizando os conceitos da doutrina e da jurisprudência, que devem ser recuperados e vivificados, no intuito de engendrar justiça no presente e de moldar, simultaneamente, o futuro. Nesse quadro, seria possível apontar a melhor solução – a que melhor se ajusta à estrutura das instituições e às decisões axiológicas da comunidade. O julgador deve fundamentar a deliberação, não somente para demonstrar o seu acerto, mas, da mesma forma, para permitir que seja assimilada ao jogo interminável da concepção do direito como narrativa, que, por necessidade lógica, não pode ter fim, já que submetida a reconstruções ininterruptas.

O pensamento de Dworkin acentua aspectos essenciais da atividade de julgar e de resolver conflitos. Desmente a inevitabilidade da falta de critérios essencialmente jurídicos para a solução de casos difíceis, apregoada pela perspectiva positivista do direito. Indica o norte do esforço discursivo do direito, ao tempo em que, com isso,

desfaz o mito da separação incontornável entre direito e moral. A associação do direito a um fluxo de história que nem se deixa apanhar totalmente em decisões do passado, nem se dá a compreender sem essas mesmas decisões e da mira do futuro, enfatiza a importância do domínio seguro de conceitos assentados livremente pela comunidade em momentos pretéritos, dos quais o direito como integridade não pode, sem mais, prescindir. Não se dá início à história a cada novo caso difícil. O aplicador do direito há de estar tecnicamente preparado com os conhecimentos acumulados e, simultaneamente, deve estar conscientemente inserido no momento axiológico em que age – virtudes que a fundamentação das decisões tomadas no momento de aplicar o direito há de refletir.

A metáfora ínsita no nome do juiz Hércules leva corrente paralela à de Dworkin, que também reivindica racionalidade jurídica para a solução de casos difíceis, a um ceticismo com relação à possibilidade de se apurar a única resposta juridicamente correta para todos os casos. Bastam-se esses outros autores com o esmero no argumento jurídico, não cobrando a demonstração de que as conclusões havidas esgotam toda a possibilidade de correção. O raciocínio jurídico, assim, não se despreza de uma pretensão de correção, mas esta se apresenta menos veemente nos seus contornos, valendo como exigência de adesão a postulados de uma moral discursiva livre de constrangimentos estranhos à busca da melhor razão, dentro dos marcos pragmáticos que particularizam o próprio direito. Os atores do processo jurídico devem agir como quem postula a solução correta, ainda que se saiba da impossibilidade da demonstração da absoluta correção, ou mesmo ainda que se duvide de que ela possa ser atingida.

Essa postura não provoca um niilismo argumentativo. Ao contrário, solicita que se aprimore a metodologia para se esquadrihar a melhor solução para o caso submetido ao julgador. A proposta de examinar casos difíceis sob o metro da proporcionalidade mostra-se, então, indeclinável. O trabalho do jurista haverá de ser, nesses casos, o de ponderar princípios colidentes, para, sem se eliminar qualquer deles do ordenamento, ser distinguido aquele que, dadas as particularidades do problema, ostenta maior peso no empenho por se concatenar uma solução passível de ser tomada como racional e justa pelo conjunto das pessoas livres e iguais.

O esforço implicado na adesão ao princípio da proporcionalidade centra-se no intuito de arredar do discurso fatores de irracionalidade, mesmo que não desonere o aplicador de efetuar opções axiológicas, que terão de ser sustentadas por argumentos de apoio – e, não, por argumentos apodícticos. O princípio da proporcionalidade, conquanto se desdobre em tantas variantes técnicas, não alcança a condição de um algoritmo – e nem a isso aspira.

Para a solução de conflitos entre princípios – a que se reduz a maioria dos casos de atritos entre direitos fundamentais –, montam-se escalas de prioridades condicionadas ao traçado do caso a ser deslindado. Devem ser assumidas diferenças de importância entre os princípios, tanto no que tange ao seu papel para a solução mais justa e racional do caso, como no que toca ao seu relevo para o ordenamento jurídico. Já se realiza aí uma ponderação, a que se somarão outras mais, na construção de um sistema de prioridades *prima facie* (não definitivo, porque passível de retificação em casos concretos futuros, desde que se deduzam argumentos de mais densidade em contrário).

A fórmula da ponderação não fornece soluções inequívocas, porque não imuniza o processo deliberativo das valorações pessoais. Isso, contudo, não é razão bastante para se abandonar o método. Antes, e diante da inevitabilidade do quinhão de subjetivismo no processo, deve motivar uma abertura do processo deliberatório a uma participação mais alargada dos que podem e desejam contribuir para o debate. As escolhas feitas devem ser claras e fundamentadas tanto quanto possível, até mesmo em vista da continuidade do debate público para além do caso decidido, na busca de reparos e de aperfeiçoamento do direito.

No juízo de ponderação, se é recusada validade a soluções que desnaturam o princípio preponderante em cada caso, também se contempla a existência de empates nos pesos dos princípios confrontados, hipóteses em que princípios formais embaixadores de uma sociedade democrática são convocados para o deslinde da controvérsia.

O princípio da proporcionalidade assegura proteção para os direitos fundamentais, na medida em que as intervenções sobre eles devem passar por escrutínio racional. Isso não obstante, a função de eleger prioridades, quando há espaço no sistema de direitos fundamentais para tanto, não é subtraída do legislador, dotado de legitimação democrática direta para a tarefa. O princípio da proporcionalidade não deve desnaturar-se em fórmula para impor as preferências do julgador, devendo ser contido como meio para impedir o inadmissível.<sup>594</sup> Compreendido tal escopo, já se deduz limite ao exercício da ponderação na própria

---

<sup>594</sup> Assim, Xynopoulos. Le contrôle..., ob. cit., p. 111.

coexistência do princípio da proporcionalidade com os princípios formais democráticos.

Ao lado disso, a argumentação com base na proporcionalidade não pode prescindir de máximo rigor expositivo, condição que frisa a importância da dogmática jurídica e da teoria dos direitos fundamentais, para que se possam realizar adequadamente todos os passos do juízo de proporcionalidade. Da mesma forma, o conhecimento aprofundado de fatos relevantes e a abertura da jurisdição constitucional para a contribuição de teses e argumentos úteis à formação ampla e bem fundada das premissas envolvidas no desenrolar do discurso de ponderação não somente contribui para elevar o coeficiente de racionalidade das decisões, como engendra ganho de legitimidade para o processo.<sup>595</sup>

Enfim, das características assinaladas do juízo de proporcionalidade – e em especial do juízo de ponderação – podem ser deduzidos alguns limites ao seu exercício, cuja observância opera como fator de correção do juízo produzido.

- No juízo de ponderação devem ser identificados, antes de mais nada, que princípios, valores e interesses estão sendo cotejados. É indispensável a explicitação clara dos bens em jogo, os benefícios e os sacrifícios envolvidos no problema, como requisito para que não se produzam distorções. Isso se torna especialmente relevante nos casos

---

<sup>595</sup> Não se pode menosprezar a condição de legitimidade das decisões por ponderação apontada por Alexy. A jurisdição constitucional, segundo diz, poderá afirmar legitimidade democrática por representação do povo por meio dos argumentos jusfundamentais, quando estes forem aceitos, pelo menos dentro de certo prazo, como argumentos aceitáveis, porque corretos (Alexy. “Balancing, constitutional review...”, *ob. cit.*, p. 580).

em que múltiplos princípios buscam a primazia no problema.<sup>596</sup> O requisito justifica a abertura à participação, tanto nos processos de controle concreto quanto nos de controle abstrato, de interessados outros além dos ordinariamente legitimados para o feito, a fim de que a corte possa lidar efetivamente com as várias expectativas constitucionais envolvidas.

- Como pressuposto para se aferir a importância dos princípios normativos é indispensável que se fixem os contornos normativos desses mesmos princípios, segundo o conhecimento técnico acumulado na comunidade, expresso na doutrina e na jurisprudência. Busca-se delinear, com o apoio no saber sedimentado, que posições, condutas e comportamentos integram o sentido dos direitos fundamentais relevantes. Para se conhecerem os princípios normativos é imprescindível que se distingam as suas funções precípuas e se revelem as finalidades lógicas e históricas a que se ligam. Nessa etapa, obtida uma melhor definição dos direitos postos em questão, pode ocorrer que o conflito se revele aparente.
- No exame da proporcionalidade, o teste da adequação deve ser levado a efeito, pesquisando-se qual o objetivo buscado pela medida de intervenção sobre o direito fundamental. Em seguida, deve ser

---

<sup>596</sup> Essa exigência prévia ao exercício mesmo da ponderação é encarecida entre nós por Humberto Ávila, que dela cogita como compondo a “fase da preparação da ponderação” (Humberto Ávila. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 87-88). Ana Paula de Barcellos (Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio: Renovar, 2005, pp. 92-94) igualmente enfatiza essa necessidade.

indagado se este objetivo conforma-se com o sistema constitucional. Adiante, verifica-se se a medida, nas circunstâncias em que tomada, era capaz de, ainda que parcialmente, tornar mais próximo e factível o objetivo pretendido. Cabe também apurar se, ao tempo em que se efetua a fiscalização, os conhecimentos existentes permitem situar a medida como apta para alcançar o que reclama o princípio que a justificaria.

- A avaliação do subprincípio da necessidade demanda que a jurisdição constitucional estime meios alternativos à medida tomada. Para que esse exame seja conseqüente, cumpre fixar, de antemão, o grau de intensidade com que a medida afeta o princípio constitucional que joga contra ela. A medida alternativa proposta, de seu turno, deve ter eficácia semelhante à tomada, o que deve ser demonstrado concretamente. Devem ser considerados os diversos custos envolvidos pela medida sob teste e daquela imaginada como alternativa, para se estabelecer a fungibilidade entre elas. Se a medida proposta for menos intrusiva sobre o direito afetado pela medida tomada, mas produzir interferências sobre outros direitos e interesses que a medida sob juízo não gera, não se prestará como padrão crítico do teste da necessidade.
- Para aferir o grau de intensidade da medida sobre o princípio que com ela compete, devem ser computados fatores como o grau de probabilidade de que o efeito negativo temido ocorra efetivamente, o tempo de duração desses efeitos e o conjunto dos elementos do âmbito normativo do direito que sofrem detrimento com a medida, bem como

o grau de fundamentalidade das posições afetadas, tendo em conta o domínio normativo total do direito fundamental atingido.

- A incerteza sobre a possibilidade de outra medida ser tomada, com análoga eficácia e menor efeito danoso, deve conduzir a que a jurisdição constitucional não a censure sob o prisma da necessidade, devendo passar, então, ao exame do outro teste, o da proporcionalidade em sentido estrito.
- O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito realiza efetivamente a ponderação entre princípios colidentes. A lei da ponderação a ser seguida dispõe que quanto maior for o grau de não satisfação ou de prejuízo de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro princípio. A fórmula do peso de Alexy, que conduz o raciocínio neste passo, exige que se apreciem o peso relativo de cada princípio em face do outro, o peso absoluto que ostentam no sistema e o grau de certeza em torno das premissas empíricas que compõem o argumento da ponderação.
- Um direito fundamental terá maior peso abstrato quanto mais intimamente disser respeito a necessidades básicas da vida humana e da autonomia do indivíduo. O peso abstrato do direito também é de ser aferido pela função que exerce no sistema constitucional.
- Na análise dos pesos dos direitos em confronto, cabe a utilização de uma escala triádica (com os graus leve, médio e intenso), devendo ser fundamentada a classificação em cada caso.

- Nos casos de empate de pesos entre os princípios contrastados, ou de incertezas significativas, o resultado da ponderação deve pender favoravelmente ao que dispôs o legislador. Os casos de empate fixam lindes para a crítica jurisdicional. Se a intervenção não puder ser justificada, contudo, por nenhuma razão material, não vencerá o teste.
- O resultado da ponderação deve propender para uma fórmula capaz de ser universalizável. O intérprete deve buscar argumentos aceitáveis de modo geral na comunidade jurídica e política e a decisão deve ser extensível a outras situações análogas.<sup>597</sup> Ponderações anteriores, formando um sistema de prioridades *prima facie*, condicionam a solução de casos posteriores equiparáveis, mas não determinam inexoravelmente o resultado. A regra obtida pela ponderação anterior é *derrotável*, impondo-se a quem com ela não concorda, o ônus argumentativo para superá-la.
- O esforço argumentativo pode indicar direitos fundamentais proclamados de modo insuscetível de ponderação com outros princípios, configurando, eles próprios, ponderações finais realizadas pelo constituinte ou o núcleo duro de um direito fundamental. Candidatam-se a essa condição posições intrinsecamente necessárias para se preservar, em grau mínimo, o postulado do respeito à dignidade da pessoa humana – elemento, por definição, insuscetível de cotejo valorativo.

---

<sup>597</sup> Cf. também Ana Paula Barcellos. Ponderação..., ob. cit., pp. 125-132.

- O exame da proporcionalidade de uma medida concreta, pode ter que se desenvolver em etapas sucessivas, analisando-se, num primeiro momento, se a lei que a prevê se coaduna com as imposições da proporcionalidade, partindo-se, logo a seguir, se a primeira resposta for positiva, para o inquérito da proporcionalidade da medida, como aplicada no caso concreto.
- Para que a legitimidade da ponderação suba de ponto, cumpre que seja detidamente fundamentada, com vistas a que, ao menos dentro de um certo lapso de tempo, as pessoas interessadas concedam-lhe o aval da racionalidade.

As características do juízo de ponderação conduzem a exigências de acessibilidade da jurisdição constitucional a um universo aberto de intérpretes da Constituição e prescreve o aprimoramento da dogmática jusfundamental, fatores de influência decisiva no exercício da ponderação. Esses os temas do próximo capítulo desta tese.

## **CAPÍTULO 5 – Ponderação — participação e fundamentação**

A legitimação do processo de controle jurisdicional de constitucionalidade, sobretudo quando se realizam a esse pretexto opções valorativas, figura ponto tormentoso da prática e doutrina constitucional em toda parte. Na súmula de Gilmar Ferreira Mendes, o problema se encontra nesta questão central: “qual o direito que assegura ao Tribunal Constitucional a possibilidade de impor o seu entendimento ao legislador democraticamente eleito?”<sup>598</sup> A indagação motiva propostas diversas de inteligência do papel da fiscalização constitucional, aí incluída a idéia da abertura da interpretação constitucional a um universo mais amplo de participantes do processo.

O controle de constitucionalidade – máxime quando implicado com preferências axiológicas – expressa uma deliberação pública, que precisa estar disponível ao acompanhamento, influência e controle da cidadania, para que preserve o tônus democrático.

Não se pode admitir que o controle de constitucionalidade se desvirtue num mecanismo oracular de exposição de verdades desvendadas por seres demiúrgicos, tanto como não são aceitáveis fórmulas de tutela condescendente e paternalista de uma cidadania tomada como relativamente incapaz.

Para ser democrático, o controle de constitucionalidade deve, de algum modo, promover a efetiva participação dos interessados na formulação das decisões públicas. “Nenhum sistema – concorde-se com Aileen Kavanagh – que exclui os cidadãos de ter parte no processo de tomada de decisões pode ser considerado democrático”, mesmo que “o exato tipo ou grau de participação desejável seja passível de discussão”.<sup>599</sup>

Participação e controle popular são aspectos ínsitos a uma convivência política numa comunidade que proclama que o poder é exercido pelo povo ou em seu nome. Tornando a Kavenagh, “a intrínseca importância da participação está contida (ao menos em parte) na dignidade de ser incluído nas decisões políticas e no concomitante insulto de ser excluído”.<sup>600</sup> A abertura das cortes constitucionais ao compartilhamento de razões por interessados nas deliberações públicas confirma em cada sujeito a igual dignidade de membro da comunidade. Também, portanto, do princípio da dignidade da pessoa extrai-se motivo para que a justiça constitucional não se dessensibilize diante da vontade de atores não-oficiais de atuar nos seus procedimentos.

Num ambiente democrático, o valor intrínseco da abertura à participação dos cidadãos nos processos públicos revela que alcançar uma boa solução não é tudo o que importa no cenário deliberativo. É de capital relevo, também, que a busca desse resultado adequado se desenvolva sob a franca disposição de se conceder voz aos vários destinatários das decisões.

Decerto que enfatizar a importância da participação de interessados não-

---

<sup>598</sup> Gimar Mendes em Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes. Controle concentrado de constitucionalidade (comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 160.

<sup>599</sup> Aileen Kavanagh. “Participation and judicial review: a reply to Jeremy Waldron”. Law and Philosophy, n. 22, 2003, p. 455.

oficiais no processo de deliberação, não significa transformar o processo de deliberação da jurisdição constitucional num sufrágio popular, disputado por teses conflitantes. A decisão deve continuar a ser confiada a uma magistratura imparcial, pré-constituída, merecedora, pelas qualidades morais e profissionais dos seus integrantes, da confiança da comunidade para resolver os conflitos que revestem a forma jurídico-constitucional.

Não resulta do fato de uma decisão atingir alguém, a consequência moral necessária de que essa deliberação deva ser tomada pelo afetado.<sup>601</sup> Em termos de direitos fundamentais, entendidos como reserva de autonomia das minorias em face do poder das maiorias, isso se mostra particularmente relevante. A decisão majoritária diretamente tomada pela população ou por seus representantes eleitos tenderá a ser condicionada pelos interesses pessoais dessas maiorias postos em jogo – reforçando a importância de que as deliberações sejam tomadas por um corpo menos suscetível às injunções políticas do momento. Assume, assim, importância singular o papel do juiz constitucional, investido em garantias de independência e imparcialidade. A jurisdição constitucional numa comunidade democrática não amesquinhará o valor da autonomia nem a responsabilidade moral dos cidadãos, mas consistirá num mecanismo de segurança indispensável para a preservação dos valores básicos que estruturam a sociedade democrática, ante a possibilidade de distorções das decisões ditadas pelas maiorias – as quais, seja dito o óbvio, não têm por si o predicado da infalibilidade

---

<sup>600</sup> Kavanagh. “Participation...”, ob. cit., p. 458.

<sup>601</sup> Nesse sentido, Kavanagh, em crítica a Waldron, lembrando que normalmente o contrário acontece, exemplifica com situação pedestre: “no caso de decisões médicas, que claramente nos afetam de forma significativa, frequentemente entendemos que o melhor é deixá-las para os profissionais da medicina. (...) Nos casos em que não temos o relevante saber técnico ou o conhecimento necessário, é comum que atribuamos o poder de decidir a quem detém esse conhecimento e expertise” (“Participation...”, ob. cit., p. 470).

moral.<sup>602</sup>

A jurisdição constitucional poderá acudir à necessidade de se corrigirem os desníveis reais de participação nos processos democráticos de deliberação pública no foro legislativo, provocados pelas disparidades de riqueza e poder, que nem mesmo a mais democrática das sociedades reais logra anular. A jurisdição constitucional confere aos grupos de indivíduos desprovidos de meios para atrair a atenção política em seu prol a oportunidade de reverter decisões contrárias aos seus direitos fundamentais, num foro concebido especificamente para a proteção de direitos constitucionais.

Mesmo que não consigam a adesão da Corte para os seus pleitos, os grupos que recorrem aos tribunais constitucionais e participam ativamente da jurisdição ali desempenhada ganham espaço para influenciar outros atores não-oficiais, estabelecendo melhores bases para as suas causas.<sup>603</sup> Em suma, a jurisdição constitucional “provê mais um canal de participação, que pode beneficiar os que

---

<sup>602</sup> Tampouco, é evidente, a jurisdição constitucional o tem. Apenas ela estará, dada a sua independência e imparcialidade, em posição menos vulnerável a pressões políticas para decidir sobre o acerto de intervenções, ditadas por interesses da maioria, sobre direitos básicos de indivíduos.

<sup>603</sup> Vasto estudo sobre o uso da jurisdição em Israel para avançar posições políticas, para forçar autoridades a declinarem razões dos seus atos ou mesmo como meio de protesto político, fez com que Gal Dor e Menachem Hofnung testemunhassem a fundamental importância, mesmo em sociedades altamente politizadas, de uma jurisdição de feito constitucional. “As cortes - reconhecem -, especialmente as que são relativamente mais acessíveis podem fornecer um espaço público em que a troca de pontos de vista e argumentos crítico-rationais determinam ações” (Gal Dor e Menachem Hofnung. “Litigation as political participation”. *Israel Studies*, vol 11, n. 2, 2005, p. 137). A jurisdição constitucional é vista como instrumento fundamental para uma “democracia contestatória” (id, p. 138). O tribunal “se torna uma arena em que os cidadãos se comunicam com burocratas eleitos ou não eleitos da mesma forma” (id., p. 140), favorecendo, nisso, segundo pesquisas quantitativas levadas a cabo pelos autores, de modo especial, indivíduos e grupos politicamente marginalizados (id, p. 141). Convencem-se os autores de que o recurso ao debate judiciário, que se vem tornando rotineiro em Israel, “põe em destaque a crescente inaptidão do processo político moderno para satisfazer as necessidades e desejos de participação no processo de deliberação pública, de se comunicar eficientemente com um governo que se espera que responda à população por seus atos, além de expor ações e inações de detentores de cargos públicos” (id. p. 149).

teriam dificuldades em ter a sua voz ouvida através dos canais da política normal”.<sup>604</sup>

A jurisdição constitucional ganha em legitimidade política na medida em que favorece a inclusão no debate político dos grupos sociais que não encontraram auditório propício nos meios políticos ordinários. O debate no tribunal é evidentemente mais restrito, contido nos parâmetros do direito constitucional, mas confere ensejo para coarctar abusos contra os direitos de quem não teve as suas posições devidamente consideradas nos foros políticos habituais.

Para que a jurisdição constitucional sirva à defesa de quem não obteve consideração no espaço político é preciso que se abra à participação de agentes não estritamente oficiais. Como consequência da mais dilatada acessibilidade, a jurisdição constitucional se enriquece em perspectivas argumentativas, torna-se apta para produzir decisões com mais refinados elementos de reflexão, crescendo em racionalidade — além de, com tudo isso, inclinar a comunidade a aderir, em mais avolumada escala, aos julgados proferidos.

A justiça constitucional se vê favorecida em termos de legitimidade democrática e insufla maior vitalidade ao próprio sistema, quando, ao modo encarecido por Peter Häberle, reflete a compreensão de que a serventia da Lei Maior não se esgota em estruturar o Estado, a ela também se integrando a vocação de conferir forma à própria esfera pública. Daí que a interpretação constitucional, “dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela

---

<sup>604</sup> Kavanagh, “Participation... ob. cit., pp. 484-485.

deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos”.<sup>605</sup>

Häberle propõe, seguindo tal perspectiva, um alargamento da comunidade de intérpretes da Constituição para além dos juízes e das partes num processo judicial. Embora não menospreze a importância da atividade dos atores oficiais no processo interpretativo da Constituição, recomenda que não se perca de vista que “a interpretação constitucional é uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos”.<sup>606</sup> É por essa razão que postula “um conceito amplo de hermenêutica”, que convém descrever com as palavras do próprio professor alemão:

“Cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública representam forças produtivas de interpretação; eles são intérpretes constitucionais em sentido *lato*, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes. Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (...). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes

---

<sup>605</sup> Peter Häberle. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 33.

<sup>606</sup> Häberle. Hermenêutica..., ob. cit., p. 24.

jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”.<sup>607</sup>

Para que esse ideal de interpretação realizada por um universo tão amplo quanto o da própria cidadania se realize, também o processo da jurisdição constitucional deve ser descerrado aos influxos argumentativos e informativos da sociedade. Os procedimentos nas jurisdições constitucionais devem ser adequados para que sejam conferidas conseqüências práticas ao reconhecimento de que a interpretação constitucional, se tem no juiz constitucional o detentor da última palavra, não prescinde das mundividências dos cidadãos. Deve-se assegurar que “o direito processual constitucional torne-se parte do direito de participação democrática”.<sup>608</sup>

“Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – prossegue Häberle em coerência com a sua proposição de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas ‘intervenções’).”<sup>609</sup>

Uma maior latitude do conceito de legitimidade para agir na jurisdição

---

<sup>607</sup> Häberle. Hermenêutica..., ob. cit., pp. 14-15.

<sup>608</sup> Häberle. Hermenêutica..., ob. cit., p. 48.

<sup>609</sup> Häberle. Hermenêutica..., ob. cit., p. 47-48. Nessa mesma linha, explicita Menelick de Carvalho Netto que, na concepção dos direitos fundamentais informadas pelo Estado democrático de direito, “liberdade e igualdade são retomados como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente regem sua vida em comum”, aduzindo, mais, com interesse para este tópico da tese, que “esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e de seu Direito participativo, pluralista e aberto”. Menelick de Carvalho Netto. “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de Direito. in Marcelo Cattoni de Oliveira. Jurisdição e hermenêutica no Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos editora, 2004, p. 37.

constitucional favorece que setores representativos de forças sociais participem ativamente dos feitos, municiando a Corte de informações e razões. Por isso, Gilmar Ferreira Mendes concorda que “a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante”, também acentuando ser “essencial o desenvolvimento de técnicas que possibilitem decisões racionalmente fundadas por parte do órgão judicial de controle”.<sup>610</sup>

### ***O amicus curiae***

No direito comparado, há muito se conhece a figura do *amicus curiae*, que colabora para o elasticamento da participação dos intérpretes da Lei Maior no processo da sua interpretação oficial. O *amicus curiae* garante voz ativa a um universo de interessados que extrapola exponencialmente os limites subjetivos dos atores tradicionais do processo judicial. Opera em benefício do aprofundamento do campo de informações necessárias para uma decisão mais segura, porque mais atenta à multiplicidade de matizes das circunstâncias relevantes.

A figura do *amicus curiae* remonta ao direito romano. Os “amigos da corte” proviam os julgadores de informações jurídicas que estivessem além do nível de expertise do tribunal, por meio, sobretudo, de pareceres escritos, que não dispunham de caráter vinculante. O *amicus* não era parte no litígio, servindo originalmente como assistente neutro da Corte, para suprir-lhe dúvidas ou corrigir-lhe equívocos.<sup>611</sup>

---

<sup>610</sup> Gilmar Ferreira Mendes. Controle concentrado..., ob. cit., p. 182.

<sup>611</sup> Michael Lowman. “The litigating *amicus curiae*: when does a party begin after the friends leave?” American University Law Review, vol. 41, 1992, p. 1244.

No direito anglo-saxão, onde a figura do *amicus curiae* foi recebida com mais ímpeto, a neutralidade também marcou esses agentes até o início do século XVIII. A partir daí, porém, entrou a desempenhar papel de indisfarçada defesa de um dos interesses em litígio<sup>612</sup>. Já sob esse color partidário, o instituto do *amicus curiae* foi recebido pelos Estados Unidos, dando-se a sua primeira aparição perante a Suprema Corte em 1823, num caso em que se discutia a validade de lei estadual que dispunha sobre direito de ocupante de terras de ser ressarcido por benfeitorias realizadas. Quando o invasor de terras, um certo Biddle, que pedia a indenização, abandonou a causa, outro indivíduo apresentou-se para produzir razões, em nome de tantos posseiros de boa fé, que ficariam prejudicados com a decisão contrária a Biddle.<sup>613</sup>

A concepção do *amicus curiae* como alguém que age para representar interesses de um estranho à lide perdura até hoje. “Não mais um mero amigo da corte – resume Lowman –, o *amicus* se tornou um *lobista*, um advogado, e, mais recentemente, um paladino dos politicamente fracos”.<sup>614</sup>

A prática americana reconhece e aceita a motivação interessada, que anima a atividade do *amicus curiae*. Os poderes de agir do amigo da corte são submetidos a limites flexíveis, definidos casuisticamente pelos tribunais, estendendo-se, ordinariamente, da capacidade para produzir pareceres e realizar sustentação oral à apresentação de provas, inquirição de testemunhas, investigação de fatos e execução de decisões anteriores contra partes no processo em que atua.<sup>615</sup>

---

<sup>612</sup> A propósito, Samuel Krislov. “The *amicus curiae* brief: from friendship to advocacy”. Yale Law Journal, n. 72, 1962-1963, p. 696.

<sup>613</sup> Cf. Paul M. Collins Jr. Friends of the Supreme Court: examining the influence of interest groups in the US Supreme Court, 1946-2001. (tese de doutorado) Binghamton: State University of New York, 2005, pp. 35-36. O caso referido é conhecido como *Green v. Biddle*.

<sup>614</sup> Lowman. “The litigating...”, ob. cit., p. 1245.

<sup>615</sup> Lowman. “The litigating...”, ob. cit., pp. 1245-1246.

Se o pioneiro *amicus curiae* em Washington bateu-se por vantagens de pessoas físicas em litígio de caráter privado, o instituto passou a atrair, significativamente, daí em diante, a atenção dos Estados-membros e da União, em variados processos com diferentes objetos.<sup>616</sup> Os interesses cobertos por petições de *amici curiae* ganharam dimensões substancialmente dilargadas,<sup>617</sup> a ponto de se sugerir que o instituto afeiçoou a Suprema Corte a uma instituição tipicamente de representação.<sup>618</sup> Isso não obstante, reconhece-se que, quanto melhor organizado é um grupo de interesse, tanto mais provável será que receba pareceres em seu favor, o que suscita inquietações diante de problemas de sub-representação.<sup>619</sup>

A prática de intervir nos processos a título de *amicus curiae*, se remonta às primeiras décadas do século XIX, somente se tornou habitual a partir da segunda metade do século XX<sup>620</sup>.

Dados estatísticos surpreendem um aumento de 800% no número de intervenções de *amici curiae* entre 1946 e 1995, embora a quantidade de processos apreciados no mérito pela Corte não tenha sofrido incremento no período, havendo, na

---

<sup>616</sup> Collins. “Friends of...”, ob. cit., p. 36.

<sup>617</sup> Dois dos autores mais citados em tema de *amicus curiae*, Gregory Caldeira e John Wright assinalam a propósito que a “participação [dos *amici curiae*] não se restringe a indivíduos com especial prestígio, escritórios de advocacia, empresas ou entidades governamentais. Ao contrário, mais de 40% dos pareceres de *amicus curiae* apresentados em 1982 foram feitos em nome de cidadãos, grupos de advocacia, associações profissionais ou de comércio, sindicatos e organizações não-governamentais” (Gregory Caldeira e John Wright. “*Amici curiae* before the Supreme Court: who participates, when, and how much?”. Journal of Politics. vol. 52, n. 3, agosto de 1990, p. 803).

<sup>618</sup> Caldeira e Wright, a propósito, afirmam que “em termos de variedade de organizações que ouve, [a Corte se torna] bastante representativa do conjunto de organizações representadas em Washington” (Caldeira e Wright. “*Amici curiae* before...”, ob. cit., p. 803).

<sup>619</sup> Joseph Kearney e Thomas Merrill. “The influence of *amicus curiae* briefs on the Supreme Court”. University of Pennsylvania Law Review. vol. 148, 1999-2000, p. 747.

<sup>620</sup> Não obstante, alguns casos motivaram a produção de pareceres que fizeram fama, como o celebrado *Brandeis Brief*, em que o futuro Ministro da Suprema Corte, em 1908, no caso *Muller v. Oregon*, expunha evidências documentais de que longas jornadas de trabalho acarretavam conseqüências desastrosas para a saúde física e mental da mulher.

realidade, decrescido.<sup>621</sup> As cifras refletem o interesse despertado pelo instituto do *amicus curiae* nas décadas mais recentes. Enquanto nos primeiros decênios do século XX não mais do que 10% dos casos argüidos na Suprema Corte empolgavam a contribuição de *amici curiae*, um ou mais pareceres de *amici curiae* eram entregues em 85% dos casos da Corte entre 1986 e 1995.<sup>622</sup>

Os números de *amici curiae* em cada caso crescem também notavelmente nos períodos considerados. Até 1975, portanto por um século e meio, somente três casos motivaram intervenções de mais de duas dezenas de *amici curiae*. Em contraste, na década compreendida entre 1976 e 1985, dois casos chegaram a contabilizar mais de 30 pareceres de *amici curiae*, e, entre 1986 e 1995, em 25 casos foram juntados mais de 20 opiniões de *amici curiae*, sendo que quatro desses feitos atraíram mais de 30 estudos.

O caso *Webster v. Reproductive Health Services*,<sup>623</sup> até hoje o recordista em número de pareceres de *amici curiae*, envolvia a possibilidade de se reverter a decisão em *Roe v. Wade*, de 1973, sobre aborto. Nele, a Suprema Corte defrontou-se com 78 pareceres de *amici curiae* (46 contra a legitimidade do aborto e 32 sustentando as conclusões do caso de 1973). É significativo também que mais de 40 opiniões tenham sido endereçadas à Corte no caso *Washington v. Glucksberg*<sup>624</sup>, em que se discutia a legitimidade do suicídio assistido.

Esses dois casos de 1989 e de 1997 provocaram profusa cobertura da mídia e excitaram intensa reação popular. O fascínio exercido pela possibilidade de participar

---

<sup>621</sup> Kearney e Merrill. “The influence...”, ob. cit., p. 749.

<sup>622</sup> Kearney e Merrill. “The influence...”, ob. cit., p. 753. Kelly Lynch (“Best friends? Supreme Court law clerks on effective *amicus curiae* briefs”. Journal of Law and Politics, vol. XX, n. 33, 2004, p. 34) enumera 4.907 pareceres oferecidos entre 1986 e 1995.

<sup>623</sup> 492 U.S. 490 (1989).

de feitos na Suprema Corte, a título de *amicus curiae*, não se exaure, todavia, em casos propensos a copioso acompanhamento jornalístico. Grande número de pareceres de *amici curiae* é também produzido em disputas sobre tributação estadual, proteção de direitos autorais e indenização por atos ilícitos. A conclusão de Kearney e Merrill é de que “a participação do *amicus curiae* está hoje bem assentada em todas as áreas sob a jurisdição da Suprema Corte”.<sup>625</sup>

Compreende-se esse entusiasmo pela figura do *amicus curiae*. A vinculação dos demais órgãos do Judiciário às máximas de decisão colhidas dos julgamentos de casos concretos pela Suprema Corte – garantida pelo sistema do *stare decisis* – aparenta o sistema norte-americano, em larga medida, à jurisdição constitucional em abstrato. Um caso concreto serve de provocação para que a Suprema Corte resolva um ponto de direito controvertido, e este deslinde valerá para todas as demais controvérsias semelhantes.

Embora a jurisdição constitucional, nos Estados Unidos, se proclame dependente de um litígio concreto entre autor e réu, essa declarada limitação do enfoque judicial a uma ofensa a direito de um autor já é apontada como “largamente fictícia”.<sup>626</sup>

A escolha pela Suprema Corte americana dos processos que julgará - e desde 1925, numa tendência que se acentuou por força de lei de 1988, a Suprema Corte

---

<sup>624</sup> 531 U.S. 702 (1997).

<sup>625</sup> Kearney e Merrill. “The influence...”, ob. cit., p. 756. As informações contidas no parágrafo e no anterior são também dos mesmos autores, na mesma obra, às pp. 753-756,

<sup>626</sup> Essa a conclusão de Sweet e Shapiro (Shapiro, Martin, and Alec Stone Sweet. On Law, Politics, and Judicialization. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 370). Os autores citam, na página anterior, casos como *Roe v. Wade* (aborto) e *Miranda v. Arizona* (admissibilidade de confissões à polícia sem prévia advertência dos direitos dos réus em geral) para asseverar que não é incomum que a Corte tome decisões políticas de largo alcance, em decisões que são nominalmente de controle concreto, “mas que rivalizam [quanto à sua abrangência além-partes] com qualquer controle abstrato”.

seleciona praticamente todos os casos da sua alçada<sup>627</sup> - aponta para a disposição do Tribunal de se manifestar em questões propensas à repetição, numa típica lógica de jurisdição constitucional abstratamente perspectivada.<sup>628</sup> O sistema de eleição das causas a serem julgadas, segundo parâmetros discricionários, permite situar o controle nos EUA como atividade que se descola do propósito de fazer justiça no caso concreto, desvendando-lhe o caráter político no intuito precípua de controle de poderes — propósito que, de regra, se revela tanto mais nítido quanto mais *abstracta* se mostra a atividade jurisdicional.

A afinidade, na prática, do sistema americano com o modelo abstrato denuncia-se igualmente pelo próprio caráter genérico e *erga omnes* com que as decisões, por vezes, são formatadas.<sup>629</sup>

---

<sup>627</sup> Cf. Saul Brenner. “Granting certiorari by the United States Supreme Court: an overview of the social science studies”. *Law Library Review*, n. 92, 2000, p. 193. O autor assinala que o intuito das leis de 1925 e de 1988 foi o de reduzir a carga de trabalho da Corte, substituindo quase todos os casos de recursos necessários para a Corte por hipóteses em que ela seleciona os feitos que julgará, a partir da análise de petições das partes interessadas, veiculadas em *writs of certiorari*. As decisões nesses *writs* são tomadas em sessão fechada, sendo necessários quatro votos, dos nove integrantes do Tribunal, para que o *writ* seja concedido. Costuma-se lastimar a falta de critérios precisos para as deliberações de escolha de casos. Normas processuais dizem que “um pedido de *certiorari* será atendido apenas em virtude de razões peremptórias” (no original da Regra n. 10 da Suprema Corte: “a petition for certiorari will be granted only for compelling reasons”). Essas *razões peremptórias* não possuem os seus contornos esclarecidos em abstrato. Brenner aventura a hipótese de que a Corte é movida pelo alvo de fixar princípios para o futuro, supervisionar o sistema de cortes federais de 2º grau, resolver problemas relevantes da sociedade americana e conter o volume de processos (id., p. 201).

<sup>628</sup> Nesse sentido, Sweet e Shapiro. *On law...*, ob. cit., p. 370.

<sup>629</sup> O caso *Roe v. Wade* (já citado) é paradigmático nesse sentido. Ali, o Tribunal não expediu a medida requerida pela parte, bastando-se em proclamar a inconstitucionalidade, porque as autoridades do Texas sabiam perceber que a decisão não se referia apenas ao caso de *Roe*. Sweet e Shapiro também aludem, nesse sentido, a aceitação do caso *Gideon v. Wainwright*, de 1973, anotando que o tribunal o acolheu, “porque estava preparado para anunciar uma grande e nova política pública em matéria de defesa criminal” (*On law...*, ob. cit., p. 370). Os autores ainda vêem no mecanismo do *facial challenge* outra proximidade do controle americano com o controle abstrato. Por essa via, entende-se que uma lei, que substancialmente impede o exercício de um direito fundamental, “cria, por sua própria existência, um ‘caso’ ou ‘controvérsia’ entre os indivíduos barrados nos seus direitos e o governo que os embarça” (*On law...*, ob. cit., p. 352).

Por tudo isso, compreende-se o interesse despertado em pessoas e grupos por casos concretos em que eles próprios não são parte e nem possuem interesse direto no bem em disputa ou na situação concreta dos litigantes. Os julgamentos a serem proferidos podem fixar linhas de interpretação do direito capazes de afetar-lhes posições e expectativas jurídicas, dada a força vinculante das interpretações jurídicas a serem deduzidas. Essa é a grande motivação para que os *amici curiae* atuem.

A atividade dos *amici curiae* aproveita-se de regras flexíveis sobre a sua admissibilidade. Na Suprema Corte americana, o ingresso nos feitos, quando requerido por órgão estatal, é automaticamente aceito. Igual pretensão de outros interessados depende da anuência de ambas as partes no processo. Se uma delas nega consentimento, ainda assim, contudo, o interessado pode insistir junto à Corte, que costuma não opor resistência, nem descer a exames minuciosos da qualificação do interessado, que pode, até mesmo, ser pessoa física.<sup>630</sup>

Os memoriais dos *amici curiae* tendem a expandir argumentos da parte que apóiam, já que as petições dos recorrentes submetem-se a limites de extensão. Trazem à Corte, ainda, outras dimensões argumentativas e realçam fatos relevantes. Tipicamente, essas intervenções escritas englobam sugestões de interpretação do direito – em especial do direito constitucional - e descrevem possíveis impactos das decisões possíveis sobre a sociedade em geral e sobre particulares segmentos sociais.<sup>631</sup>

Estudos específicos, afinal, apontam que os pareceres e as intervenções orais

---

<sup>630</sup> Collins relata que, entre 1969 e 1981, apenas 11% dos pedidos de ingresso foram denegados, e a maior parte deles por intempestividade (Collins Jr. *Friends of...*, ob. cit., p. 39).

<sup>631</sup> Cf. Collins. *Friends of...*, ob. cit., p. 64. A própria tônica da argumentação, que se desloca do caso concreto para as suas repercussões sobre o resto da sociedade confirma, também, que

são efetivamente contemplados pelos juizes da Suprema Corte, influenciando sobre as decisões de mérito. Avaliações estatísticas estabelecem ligações entre o apoio de *amici curiae* e a probabilidade de êxito de um *writ of certiorari*.<sup>632</sup>

A participação de terceiros em processos de que não são parte, mas que podem redundar em teses que os atinja, propagou-se, sobretudo a partir de 1990, do ambiente anglo-saxão para as cortes e organismos internacionais, como a Corte Internacional de Justiça, a Corte Européia de Direitos Humanos, o Tribunal Penal Intenacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Câmara de Apelação da Organização Mundial do Comércio.<sup>633</sup>

No Brasil, aponta-se a Lei nº 6.385/76 como precursora na entronização da figura do *amicus curiae* entre nós.<sup>634</sup> Na medida em que a lei cuidava de autorizar a intervenção apenas da CVM – Comissão de Valores Mobiliários em processos envolvendo questões societárias, cumpre reconhecer que o diploma acolhia de modo bastante peculiarizado e restrito a figura em causa. O *amicus curiae*, como conhecido no direito comparado, foi regulado entre nós pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999, que disciplina a ação direta de inconstitucionalidade, e pela Lei nº 9.882, de 3.12.1999, sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Nos dois diplomas legais de 1999, o legislador emprestou relevo ao papel esperado dos *amici curiae* de propiciar maior correção e legitimidade aos julgamentos

---

a prática americana reconhece efeitos tipicamente de decisões abstratas aos julgados da Suprema Corte.

<sup>632</sup> A propósito, Collins. Friends of..., ob. cit., pp. 123-179. Da mesma forma, cf. Kearney e Merrill, “The influence...”, ob. cit., pp. 767-774.

<sup>633</sup> Ance Bartholomeusz. “The *amicus curiae* before international courts and tribunals”. Non-State Actors and International Law, vol. 5, 2005, pp. 209-286. Víctor Bazán. “El *amicus curiae* en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina”. Anuario Iberoamericano de justicia constitucional. n. 10, 2006, pp. 15-50.

de ordem constitucional. As comissões que se desincumbiram da tarefa de elaborar os anteprojeto que se converteram nas referidas leis sustentaram-se nas idéias de Peter Häberle sobre a necessidade de se expandir a comunidade dos intérpretes da Constituição, conforme dão ciência os estudos de Gilmar Ferreira Mendes, jurista que guiou os trabalhos de ambos os comitês.<sup>635</sup>

O art. 7º da Lei nº 9.868/99 prevê que o relator da ação direta de inconstitucionalidade poderá, “considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes”, por despacho irrecorrível, “admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades”. O § 2º do art. 6º da Lei da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de seu turno, dispõe que “poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo”.

Deu-se, assim, continuidade à formalização do processo de abertura da jurisdição constitucional, iniciado pelo próprio constituinte, quando distendeu a legitimidade ativa no controle abstrato para além da pessoa do Procurador-Geral da República, em quem se confinava, antes de 1989, a autoria da representação por inconstitucionalidade.

Mesmo antes dessas leis, não destoava do corriqueiro que advogados se acercassem de integrantes do Supremo Tribunal Federal, apresentando estudos e pareceres, na tentativa de influir sobre o juízo a ser formado em julgamentos de

---

<sup>634</sup> Gustavo Binenbojm. “A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual”. Revista Direito, v. 8, n. 13, 2004, p. 88.

<sup>635</sup> A propósito, vale conferir Gilmar Ferreira Mendes. Arguição de descumprimento de preceito fundamental – comentários à Lei nº 9.882, de 3-12-1999. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 126-140 e Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins. Controle concentrado..., ob. cit., pp. 156-183.

controle de constitucionalidade. O procedimento, contudo, bem entendido, era informal e não gerava para o STF a obrigação de contemplar as razões deduzidas.<sup>636</sup>

A jurisprudência do STF sempre foi avessa à participação de litisconsortes ou de assistentes na ação direta de inconstitucionalidade, encontrando na circunstância de, aí, haver um processo objetivo, sem partes no sentido processual típico, fundamento bastante para recusar a integração formal no feito de terceiros, movidos por fins de ordem subjetiva, concreta e individual. A jurisprudência foi consolidada na Lei nº 9.868/99, que, no *caput* do art. 7º, proclama que “não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”. A intervenção de terceiros, aí referida, é aquela de disciplina traçada pelo Código de Processo Civil. A lei de 1999, no § 2º do art. 7º, porém, veio a formalizar o que era mera praxe, tornando possível, ainda, novos desdobramentos para a ação do *amicus curiae*.

A regulação do *amicus curiae* é notavelmente genérica, na linha do que também acontece nos Estados Unidos e alhures. Dessa forma, a Corte goza de dilargada margem de ação no trato do instituto.

Nota-se um progressivo reconhecimento pelo STF, na sua composição deste milênio, da necessidade de abertura do processo da jurisdição constitucional. No momento inicial de vigência da Lei nº 9.868/99, porém, chegou-se a temer uma reação negativa do Tribunal à novidade.

Logo em seguida à atual Constituição, o número dos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade saltou para a casa das centenas, já que se

---

<sup>636</sup> De certa feita, chegou-se a impugnar decisão de relator de ação direta de inconstitucionalidade, que meramente determinara a juntada por linha do parecer de quem não era parte, obrigando o STF a explicitar a natureza de semelhante despacho como de mero expediente, insuscetível de ataque recursal (ADI 748 AgR DJ 18.11.1994, rel. o Ministro Celso de Mello).

estendeu a autoria dessas demandas a outras autoridades públicas e às pessoas jurídicas que a Constituição chamou de “entidades de classe de âmbito nacional”. O receio de que a multiplicação dessas ações provocasse a banalização do controle abstrato deu origem ao que, no STF, o Ministro Gilmar Mendes designou, em tom crítico, como *jurisprudência defensiva* da Corte<sup>637</sup>. Restrições não concebidas pelo legislador, nem presentes no Texto Constitucional, ganharam corpo ao longo do período marcado pela convicção do Tribunal de que era imperioso limitar as entidades legitimadas para a ação direta.<sup>638</sup>

Essa jurisprudência minimalista não logrou reduzir o número de processos de modo significativo. Gilmar Mendes diagnosticou uma “ilusão de ótica” na chamada “jurisprudência defensiva”, enfatizando que houve uma mudança significativa em 1988. “Se continuamos – disse o Ministro – a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, no passado, a ênfase residia no sistema difuso, incidental. O outro era acidental. Agora, não. Esse modelo [o abstrato], na verdade, ganhou um caráter quase que universal. Isso é indiscutível, daí já ter-se afirmado, várias vezes, a primazia deste modelo sobre o outro”.<sup>639</sup>

O realce da jurisdição abstrata nos últimos anos revelou a necessidade de uma paralela abertura dessa Justiça à sociedade civil, objetivo já almejado pelo legislador de 1999, ao regular a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. No início da década, porém, os observadores não estavam seguros sobre qual seria o comportamento da Corte diante

---

<sup>637</sup> voto vogal do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.153 AgR, DJ 8.9.2005.

<sup>638</sup> Disso fazem exemplo a exigência da pertinência temática e o conceito restritivo, que perdurou até 2004, de associação de classe de âmbito nacional, entendida no primeiro momento, como a não poder abarcar senão pessoas físicas.

<sup>639</sup> Voto vogal do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.153 AgR, DJ 8.9.2005.

da figura do *amicus curiae*, que, como revelam os estudos de direito comparado, tende a avolumar os processos em que é aceito. Temia-se que a inclinação *defensiva* da jurisprudência que ainda dominava a Corte à época da novidade legislativa pusesse em risco a abertura do processo a entidades representativas de segmentos da população potencialmente afetados pela decisão de inconstitucionalidade.

Em 25.10.2000, quando o Plenário julgou a ADI MC 2.321-DF,<sup>640</sup> espantaram-se as ansiedades. O relator, Ministro Celso de Mello, saudou a introdução no controle abstrato brasileiro desse instrumento típico da jurisdição constitucional norte-americana, reconhecendo-lhe o relevante papel de “pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade”.

Outros tantos precedentes confirmaram a importância do *amicus curiae* para o fim de permitir uma melhor reflexão da Corte nos casos a ela submetidos, salientando-se, como o fez o Ministro Gilmar Mendes, que o instituto se insere num novo “modelo procedimental, que [oferece] alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões”.<sup>641</sup> O Ministro assinalou, na decisão, uma outra significativa ruptura com a antiga jurisprudência da Corte. A jurisprudência anterior (*defensiva*)

---

<sup>640</sup> ADI MC 2.321-DF, DJ 10.6.2005, rel. o Ministro Celso de Mello.

<sup>641</sup> ADI 2.548, decisão de 28.10.2005. Semelhantes palavras são encontradas também no decisório monocrático do Ministro Gilmar Mendes na ADI ED 2.791, DJ 11.2.2008.

não tolerava ações diretas em que “questões de fato” tivessem que ser enfrentadas como pressuposto para se firmar um juízo de constitucionalidade da lei atacada. Nesse mesmo precedente de 2005 em comento, o Ministro Gilmar Mendes afirmou a “comunicação entre norma e fato” como “condição da própria interpretação constitucional”, promovendo um giro novo da visão do STF sobre o tema. O modelo de jurisdição constitucional abstrata haveria de ser permeável à “verificação de fatos e prognoses legislativos”, a exigir que o Tribunal se valesse “de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação do ato questionado [e também reconhecesse] um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados”. O decisório prosseguiu, afirmando que “o Tribunal não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria”.

Ao prestigiar as normas orientadas a ampliar o acesso à jurisdição constitucional para os afetados pelas decisões, o STF inseriu-se positivamente no esforço, que se observa dominante no direito comparado, por conferir maior racionalidade e legitimidade às decisões que envolvem ponderação de valores conflitantes na sociedade, por meio da participação ativa no processo dos destinatários das normas constitucionais.

A tendência no direito interno é a de desembaraçar a ação dos *amici curiae*. Comprovam-no alguns pontos da atual jurisprudência da Corte, que superou o primeiro momento de feitio mais restritivo quanto aos poderes desses personagens da jurisdição constitucional. Novamente aqui, o Tribunal brasileiro se alinha com a vertente do direito comparado em que se calca.

Assim, se inicialmente o STF havia reduzido a função do *amicus curiae* à

produção de pareceres, não lhe concedendo voz para sustentação oral,<sup>642</sup> logo a seguir, atento à finalidade mesma do instituto, passou a admitir que o amigo da corte subisse à tribuna para expor de viva voz o seu arrazoado.<sup>643</sup> Consta hoje do Regimento Interno do STF tal possibilidade, por força de emenda regimental de 30.3.2004.<sup>644</sup>

Da mesma forma, quanto ao momento para a apresentação de memoriais, se a regulação do assunto deixou de existir por veto do Presidente da República, este mesmo sugeriu, nas razões que acompanharam a recusa do texto aprovado no Congresso, que se tomasse o prazo do art. 6º da Lei nº 9.868/99 (período para informações a serem prestadas pelas autoridades responsáveis pela edição da norma atacada). Mesmo essa restrição de tempo, porém, tem sido abrandada pelo STF, acolhendo-se o *amicus curiae* até depois de prestadas as informações.<sup>645</sup> É relevante, nesses casos, a expectativa de contribuição útil que o *amicus curiae* venha a oferecer. Para assim deliberar, o STF se remete à finalidade superior que inspira o instituto, a exigir a adaptação de modelos existentes, em favor da mais intensa participação de segmentos da sociedade desejosos de expor a sua mundividência constitucional.<sup>646</sup> Iniciado o julgamento, contudo, será mais difícil o ingresso do *amicus curiae* no feito.<sup>647</sup> Mesmo assim, as razões por ele apresentadas não são desprezadas pelo Tribunal, que tem determinado a sua juntada por linha, seguindo o que ocorria antes

---

<sup>642</sup> ADInMC (QO) 2.223-DF, decidida em 18.10.2001. O acórdão está publicado no DJ 5.12.2003.

<sup>643</sup> ADIs 2.675 (Plenário, 26.11.2003) e 2.777 (Plenário, 27.11.2003).

<sup>644</sup> RI/STF art. 132, § 2º.

<sup>645</sup> ADPF 33/PA, rel. o Ministro Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006.

<sup>646</sup> A propósito, decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes na ADI 2.548, DJ 24.10.2005.

<sup>647</sup> Nesse sentido, a ADI MC 2.238, rel. o Ministro Ilmar Galvão, julgamento de 9.5.2002, Informativo STF 267.

da Lei nº 9.868/99.<sup>648</sup>

A lei não cogita de apresentação de recursos por parte de *amicus curiae*. Isso tem conduzido o Tribunal a não conhecer de embargos de declaração de *amici curiae*.<sup>649</sup> Mesmo, entretanto, esse entendimento, que parecia consolidado, enfrenta agora voto vencido do Ministro Gilmar Mendes que, forte na relevância que a Corte atribui à contribuição que pode ser dada pelo *amicus curiae*, não vê por que não possa este apresentar razões à Corte, mesmo que por meio de embargos de declaração, para animar a discussão, por exemplo, de tema não discutido no acórdão embargado (como a possibilidade da modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade). Repara-se assim a inclinação pelo acolhimento amplo das razões e informes deduzidos pelos segmentos sociais que acompanham o processo.

Ainda no capítulo da atividade recursal do amigo da corte, e também a evidenciar a tendência favorável à dilatada atuação do interessado, vale notar a propensão por relativizar a norma da Lei nº 9.868/99, que estatui ser irrecorrível a decisão do relator sobre o ingresso no feito postulado pelo *amicus curiae*. Parcela da doutrina insiste em que somente a decisão de deferimento do pleito seria irrecorrível.<sup>650</sup> Essa interpretação encontra ressonância em manifestações do Supremo Tribunal.<sup>651</sup>

---

<sup>648</sup> Assim, a decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, DJ 11.2.2008, para petição atravessada na ADI ED 2.791. O mesmo se aconteceu na ADI 1.923, DJ 1.8.2007, na ADI 1.625, DJ 17.9.2007 e na ADI 2.139, DJ 17.9.2007.

<sup>649</sup> ADI ED 3.105, rel. o Ministro Cezar Peluso, DJ 23.2.2007, e ADI ED 2.591, rel. o Ministro Eros Grau, DJ 13.4.2007.

<sup>650</sup> Binenbojm. “A dimensão... ob. cit., pp. 103 e ss.

<sup>651</sup> Cf. votos dos Ministros Cezar Peluso e Eros Grau na ADI ED 3.105 e ADI ED 2591, ambas já citadas. Veja-se também: “1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não-cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. 2. Exceção apenas para impugnar decisão de não-admissibilidade de sua intervenção nos autos. 3. Precedentes. 4. Embargos de declaração não conhecidos.” (STF – ADIn - ED3615 / PB – Tribunal Pleno – Rel. Min.

A participação do *amicus curiae* foi estendida pela Lei nº 9.868/99 igualmente ao controle incidental, ao acrescentar parágrafos ao art. 482 do CPC, com o propósito de permitir uma participação mais ativa de interessados na manifestação do tribunal que vai apreciar, em composição plena, a questão da inconstitucionalidade de lei.

Permite-se, por força das inovações, que tanto o Ministério Público quanto a pessoa jurídica de direito público responsável pelo ato possam manifestar-se no incidente. Admite-se que qualquer dos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade se exprima por escrito, inclusive produzindo memoriais e oferecendo documentos. O relator pode admitir, por despacho irrecorrível, a palavra de outros órgãos e entidades aptos para cooperar com o debate, em linha com o que o mesmo diploma estatui no seu art. 7º, § 2º.

Essas inovações refletem o reconhecimento de que essas decisões do plenário dos tribunais que julgam a inconstitucionalidade **in casu** possuem uma eficácia que, na realidade, sobreexcede caso concreto que está sendo apreciado.

A decisão do plenário no incidente de inconstitucionalidade haverá de vincular os órgãos fracionários do tribunal nos casos futuros. Daí a sobre-relevância desses julgamentos e a necessidade de se permitir que outros interessados na solução da questão jurídica de constitucionalidade possam ser ouvidos antes da deliberação, ainda que não sejam partes, nem mereçam a qualificação técnica de assistentes ou de litisconsortes.

O controle *in casu* ganha, assim, conotações pluralísticas, reverberando preocupações próprias do controle abstrato.

---

Cármem Lúcia – DJU 25/04/2008). Já houve, por outro lado, decisões monocráticas, como a proferida na ADI 3.620 – AgR, rel. o Ministro Marco Aurélio, DJ 26.6.2007, rejeitando recurso do *amicus curiae* nessas circunstâncias.

A lei brasileira, no que tange à ação direta de inconstitucionalidade, alude ao amigo da corte como órgão ou entidade dotado de *representatividade*. O STF não se detém no exame desse pressuposto quando defere o ingresso do postulante, a não ser se provocado.<sup>652</sup> O Tribunal tampouco se mostra propenso a exigir um vínculo de interesse de ordem material com o objeto da ação de inconstitucionalidade, o que se confirma com a aceitação da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil como *amicus curiae* em ação direta de inconstitucionalidade contra lei que permite o uso de embriões humanos em pesquisas científicas.<sup>653</sup>

A propósito, questão interessante foi suscitada e resolvida na ADC 18.<sup>654</sup> Uma empresa pediu e teve rejeitado o seu pleito de admissão como *amicus curiae*. O indeferimento ocorreu pela falta de representatividade. Aludiu-se, no decisório, à solução distinta que se reservaria para igual pretensão no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que o art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.882/99 somente exige interesse, prescindindo da representatividade.

Não se atina, porém, nem na natureza das ações confrontadas e nem no escopo do instituto do *amicus curiae*, com o que possa justificar um tratamento diferenciado para a admissão de *amicus curiae* em um e em outro caso. A necessidade de representatividade do *amicus curiae* é inerente à sua natureza. O *amicus curiae* atua no processo, porque se bate por um interesse que o tribunal deve levar em conta, quando firma um entendimento de direito que influirá em outras relações jurídicas. O

---

<sup>652</sup> Na ADI 3.045, DJ 1.6.2007, o relator, Ministro Celso de Mello, diante de objeção do Advogado-Geral da União, em preliminar da sua manifestação, à participação no feito da entidade admitida como *amicus curiae*, redarguiu, dizendo que o ente possuía “significativa e adequada representatividade”, pelo fato de congregar mais de 700 instituições de fins congêneres.

<sup>653</sup> Cf. admissão da CNBB na ADI 3.510, em decisão do Ministro Carlos Britto, publicada em 23.4.2007.

*amicus curiae* traz ao tribunal a perspectiva pluralista, que contribuirá para a decisão mais técnica e socialmente adequada. Não é por outro motivo que, nos Estados Unidos, as considerações sobre a repercussão do julgado sobre a sociedade ou sobre grupos significativos constituem a tônica principal dos memoriais preparados pelos *amici curiae*. Assim, mesmo sem que o legislador haja aludido ao pressuposto da representatividade no caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o requisito não pode ser desprezado nesses feitos.

Importa, contudo, compreender o que seja tal *representatividade*, e para isso deve-se ter presente a natureza do instituto e a sua finalidade, numa perspectiva harmonizadora do controle jurisdicional de constitucionalidade com uma dimensão participativa e contestatória de democracia.

A representatividade não há de ser aferida segundo uma mera quantificação numérica dos indivíduos ou coletividades formalmente tutelados pela entidade que postula a condição de *amicus curiae*. O número de integrantes da entidade pode ter importância para confirmar a atuação em favor de situações meta-individuais, mas não exprime, por si só, fator decisivo de representatividade.<sup>655</sup>

A representatividade há de ser argumentativa. O importante é que o *amicus curiae* decline argumentos em prol de interesses sociais que merecem ser contemplados pelo tribunal na sua análise da lei sob fiscalização. Se assim é, até uma empresa e mesmo indivíduos isolados, como um professor ou pessoa preeminente em expertise no objeto da lei analisada, todos podem ser, em princípio, admitidos como *amici curiae*.

---

<sup>654</sup> Decisão monocrática na ADC 18, rel. o Ministro Menezes Direito, DJ 22.11.2007.

A empresa que pede o reconhecimento da condição de *amicus curiae* não deve ser admitida no processo se defende apenas posição singularmente ligada a direito subjetivo que alega deter. Sendo essa a situação do pedido resolvido na ADC 18, a rejeição da empresa constituía, efetivamente, o deslinde adequado para o pleito. Mas a solução não pode ser apressadamente generalizada. Uma empresa – da mesma forma como o fazendeiro no precedente seminal sobre *amicus curiae* dos Estados Unidos – pode estar avançando razões que ultrapassam a sua situação específica, conjugando-se a uma comunidade mais ampla de interesses. A sua legitimidade decorre da representação argumentativa que desempenha. Por essa mesma ordem de razões, há de se tomar na referência a *entidade*, no § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, uma singela lacuna de formulação e, não, uma exclusão da possibilidade de um indivíduo pretender a condição de *amicus curiae*.

Se há bons motivos favorecendo uma visão complacente dos requisitos de admissibilidade de *amici curiae* nos processos da jurisdição constitucional, de outro lado, não podem ser desprezados os limites impostos pelas exigências do factível, ainda que se rejeite a lente deformadora da “jurisprudência defensiva”

Se uma Corte, como a norte-americana, que escolhe decidir 500 processos ao ano, está aparelhada para considerar um ou mais memoriais de *amici curiae* em cada um desses feitos, o mesmo não acontece, por impossibilidade física, num tribunal que enfrenta carga de trabalho de mais de 129 mil processos autuados num só ano e que julga, em colegiado, 22.700 no mesmo período.<sup>656</sup> Numa situação dessa ordem, e

---

<sup>655</sup> Uma entidade pode abranger um número considerável de outras entidades, que, entretanto, não sofrem impacto relevante de uma lei, objeto de uma ação abstrata. Não atenderá ao requisito da representatividade.

<sup>656</sup> Estes os número de feitos relativos ao ano de 2007 no Supremo Tribunal Federal, conforme relatório de atividades de 2007, prestado por sua Presidente, Ministra Ellen Gracie,

mesmo que medidas indispensáveis de redução de volume de processos sejam implementadas, é inevitável que o incremento de pedidos de *amici curiae* haverá de predispor um rigor mais acentuado no escrutínio da admissibilidade desses atores. A flexibilidade nos critérios de análise de pedidos de participação de *amici curiae* há de ser útil para ensejar a ponderação da importância do instituto com as possibilidades materiais da prestação jurisdicional eficaz.

Gilmar Ferreira Mendes também se preocupa com esse equilíbrio necessário, aduzindo que, “talvez em decorrência do universo demasiado amplo dos possíveis interessados, tenha pretendido o legislador ordinário outorgar ao relator alguma forma de controle quanto ao direito de participação dos milhares de interessados no processo”.<sup>657</sup>

Para que o processo abstrato não sofra o abalo de mais uma fonte de subjetivismo, convém que se delineie algum critério, ainda que móvel, para estabelecer essa ponderação entre necessidade de abertura do processo abstrato e o impacto, em termos de volumes de dados e de argumentos, dessa abertura para a viabilidade da própria jurisdição constitucional.

O critério forja-se na necessidade de se conviver com a tensão que se estabelece entre a disposição da corte para incrementar a legitimidade das suas decisões mediante o diálogo amplo com a sociedade e os limites práticos para essa escuta.

Não é razoável esperar, à vista da assombrosa carga de trabalho que recai sobre o Tribunal, que todos os memoriais produzidos recebam sempre a mesma detida

---

disponível, em 19.3.2008, no endereço eletrônico <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/principalDestaque/anexo/relativ2007.pdf>.

<sup>657</sup> Gilmar Ferreira Mendes. Arguição..., ob. cit., p. 126.

atenção. Um número excessivo de *amici curiae*, repercutindo até mesmo no tempo necessário para sustentações orais, pode gerar distorções, levando, por exemplo, a que entidades com mais marcada representatividade encontrem dificuldades para desenvolver convenientemente as suas razões.

O fator da representatividade do *amicus curiae* há de nortear o empenho para se contornarem os desvios de uma situação ideal, compreendendo-se que a representatividade, conforme se anotou, é argumentativa e se revela considerando a situação lidada na norma sob o exame da jurisdição constitucional. A pessoa ou ente em mais favoráveis condições de discorrer sobre a situação normada pela lei atrai maior peso para si mesma, no momento de se ponderar quem terá preferência para se apresentar à Corte, como *amicus curiae*, em caso de concurso excessivo de candidatos.

Para medir a representatividade pode-se recorrer, com alguns reparos, aos círculos comunicativos, de que fala Mark van Hocke.<sup>658</sup> Van Hocke traça paralelos entre interessados na decisão e a magnitude dos foros comunicativos que lhes seriam adequados. Fala que, se a decisão judicial apresenta razões que convencem as partes, não haverá recurso e o círculo argumentativo se resumirá ao autor, ao réu e ao juiz. Este seria o primeiro círculo argumentativo. Se o caso é levado a uma corte de apelação, esta haverá de considerar também outras decisões já tomadas. Os novos juízes, leitores da doutrina e jurisprudência anteriores, somam-se ao primeiro círculo para criar o segundo círculo comunicativo. Se a decisão se torna, pela sua importância, objeto da atenção de comentaristas jurídicos, estes ao se juntarem aos que participaram da discussão havida, compõem o terceiro círculo comunicativo.

Pode ser, ainda, que a decisão alcance também a mídia e o público leigo, que, debatendo o assunto, alargam o círculo anterior e integram o quinto círculo comunicativo. Em assuntos de cunho ético mais pronunciado, a cidadania mais geral sente-se chamada ao debate, gerando o sexto e último círculo comunicativo.<sup>659</sup> O autor acredita que esses “vários círculos deliberativos garantem a melhor audiência para essa comunicação e processo de legitimação”.<sup>660</sup>

Para Van Hoecke, a discriminação desses círculos “oferece a vantagem de limitar, onde necessário, o número e a pluralidade de participantes na deliberação”. A idéia dos diferentes círculos comunicativos refina o postulado dos deliberativistas no sentido de que “os debates judiciais devem ser abertos ao público em geral, e não ficar restrito às partes imediatas, e assim ganhar legitimação democrática”.<sup>661</sup> Van Hoecke entende óbvio que “democracia não significa que todo mundo deve decidir sobre todas as coisas. Delegação e divisão de trabalhos são inevitáveis”, mas para prevenir manipulações de aparentes decisões coletivas, sustenta que a “democracia deliberativa é não-somente importante ao nível da justificação e legitimação das leis, como também ao nível da determinação dos conteúdos dos direitos”.<sup>662</sup>

Objeta-se à teoria dos círculos mais no plano da sua exteriorização do que no da sua inspiração. A teoria enfatiza a necessidade de serem considerados níveis diferenciados de participação nos processos da justiça constitucional. É falha, contudo, pela ausência de unidade no critério para o estabelecimento dos vários círculos de comunicação. Assim, nos dois primeiros círculos, o critério de sua

---

<sup>658</sup> Mark van Hoecke. “Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation”. *Ratio Juris*, vol. 14, n. 4, dezembro de 2001, pp. 415-423.

<sup>659</sup> van Hoecke. “Judicial...”, ob. cit., pp. 420-421.

<sup>660</sup> id., p. 421.

<sup>661</sup> id., p. 422.

definição parece ser o do conformismo das partes com o resultado obtido, nos demais o marco de diferenciação passa a ser o interesse suscitado na causa, como se num processo em que autor e réu se convencem das razões dos julgadores não se possa versar matéria de importância que os transcenda.

A idéia de círculos de participantes no debate na jurisdição constitucional vence, todavia, esses pormenores e ganha em utilidade prática, quando se limitam, para a definição deles, as situações consideradas conforme a maior ou menor repercussão ética das decisões a serem tomadas, em conjunto com a avaliação do grau de conteúdo técnico do tema a ser exposto na Corte.

A partir dessas duas variáveis, podem-se conceber quadros em que o tribunal constitucional, diante da necessidade de selecionar os pretendentes a participar do processo, achará parâmetros predefinidos para a decisão.

O maior teor técnico da controvérsia e a menor repercussão sobre aspectos éticos da convivência justificará um corte em benefício de *amigos da corte* especializados no tema, que possam trazer aos autos perspectivas também de ordem técnica diferentes das que as partes já o fizeram – e isso, mesmo que os seus interesses não se estendam a uma porção mais vasta da sociedade.

Imagine-se, para o ilustrar, uma disputa em torno da cobrança de um imposto sobre uma atividade bem delimitada a certo setor restrito da vida econômica. Nesse caso, uma entidade que se dedica genericamente à proteção de valores cívicos da sociedade não apresentará, *prima facie*, grau de representatividade análogo ao de outra que congrega indivíduos dedicados ao empreendimento que a lei em discussão toma como relevante.

---

<sup>662</sup> id., ibidem.

Há matérias, porém, em que a discussão moral envolvida iguala ou extrapola os limites de interesse do mero especialista. Então, a participação de entidades e pessoas que representem pontos de vista globais terá peso que não pode ser negligenciado. Para o exemplificar, não se mostra razoável que uma entidade que compreenda líderes religiosos de uma parcela substancial da população seja barrada, quando o debate constitucional envolve discussão de índole moral, compreendida no corpo doutrinário da fé dessa população. Havendo marcado interesse técnico e moral, entidades que se credenciam por representar argumentos de ambas as ordens têm lugar necessário no debate. Assim, numa discussão sobre legitimidade constitucional de pesquisas científicas com células embrionárias humanas, tanto entidades dedicadas à proteção de valores assumidos como essenciais por doutrinas religiosas compartilhadas por parcela expressiva da população, como entidades voltadas para estudos científicos envolvendo a biologia humana, todas devem ter participação liberada para aportar argumentos e informações ao debate.<sup>663</sup>

Órgãos governamentais que terão, de alguma forma, que suportar obrigações impostas pela lei ou administrar a sua execução devem sempre ser admitidos como *amici curiae*, até diante da responsabilidade política desses governos perante os seus eleitores.

Certamente que uma situação ideal de representação argumentativa de todos os interesses em jogo em cada um dos casos constitucionais é inatingível. Dificuldades de representação de interessados desprovidos de força econômica são impossíveis de se verem totalmente dominadas. Isso, contudo, não deve despenhar o processo constitucional num pessimismo esterilizante com relação às vantagens do

---

<sup>663</sup> Isso de fato aconteceu, no STF, quando várias entidades foram admitidas a opinar na ADI

instituto do *amicus curiae*. Ao contrário, há de motivar a busca de aperfeiçoamentos no sistema processual, em benefício da sua crescente legitimidade.

Ainda que fuja do escopo desta tese uma análise pormenorizada desse problema de sub-representação, que aflige também outras latitudes do globo, não se pode deixar de cogitar do papel que a Defensoria Pública pode vir a desempenhar, por exemplo, na representação de interesses específicos de grupos de indivíduos desprovidos de recursos suficientes para atuar nos casos constitucionais.<sup>664</sup>

Diferentemente do que havia antes de novembro de 1999, agora a participação do *amicus curiae* na jurisdição constitucional ganha a nota de oficialidade. Uma vez admitido no processo, sobe de ponto a legítima expectativa de o *amicus curiae* ser ouvido e de ter as suas considerações levadas em conta, no momento do julgamento, especialmente no que tange a idéias e perspectivas que inovam ou complementam as teses já desenvolvidas no feito. Se antes de 1999 os memoriais oficiosamente aceitos não precisavam sequer ter a sua existência referida no julgamento, agora a admissão do *amicus curiae* e as razões relevantes por ele trazidas aos autos constituem matéria de referência necessária.

Se a participação de *intérpretes constitucionais não-oficiais* empresta maior legitimidade ao processo da jurisdição constitucional, é necessário que seja significativa, sendo pertinente, aqui, a distinção entre *participação real e mera performance*.<sup>665</sup> Assinala-se que, para ocorrer a primeira das situações, é preciso que “a decisão final, em certa medida, seja o produto das atividades dos litigantes. (...)”

---

3.510.

<sup>664</sup> Assinale-se que, na ADI-MC 558/RJ, DJ 26.3.1993, rel. o Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu-se incluídas no âmbito próprio da Defensoria Pública “a orientação jurídica, a postulação e a defesa em juízo dos direitos e interesses coletivos dos necessitados”.

Deve haver alguma congruência entre os esforços dos participantes e a decisão que lhes será imposta”.<sup>666</sup>

Essa mesma preocupação vem sendo salientada na doutrina brasileira. Gilmar Ferreira Mendes, com palavras que podem, por igualdade de motivos, ser transpostas para a situação do *amicus curiae*, lembra que a pretensão à tutela jurídica contém direitos como o de ser informado dos atos do processo, de manifestação sobre elementos fáticos e jurídicos da causa e “o direito de ver seus argumentos considerados, que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas”.<sup>667</sup>

Neste ponto, a compreensão do papel do *amicus curiae* se entrecruza com outro aspecto essencial para que se contenha o juízo de ponderação em moldes aceitáveis num ambiente democrático: para que a participação do *amicus curiae* não se reduza a uma aparição simbólica no processo é indispensável que os seus argumentos sejam efetivamente ponderados pelo julgador – e isso será demonstrado por meio de uma fundamentação adequadamente exposta pelo juiz.

Sobretudo em sede de jurisdição constitucional — em que as decisões tomadas, pela natureza mesma dessas ações, assumem eficácia *erga omnes* e se impõem aos demais órgãos do judiciário (efeito vinculante), esclarecendo, ainda, o conteúdo do direito para situações pretéritas e definindo como deve ser compreendido no futuro —, cumpre que os que serão afetados, mesmo não sendo parte, estejam representados argumentativamente perante o tribunal. Essa representação será real na medida em que encontrar, na corte, resposta fundamentada

---

<sup>665</sup> A distinção é enfatizada por Christopher J. Peters. “Participation, representation and principled adjudication”. *Legal Theory*, vol. 8, 2002, p. 192.

<sup>666</sup> Christopher Peters, id. *ibidem*.

para os seus arrazoados. Isso remete este estudo ao problema do dever de motivar as deliberações na jurisdição constitucional.

### **Fundamentação dos decisórios na jurisdição constitucional**

A fundamentação dos decisórios assume relevância decisiva para a legitimidade do juízo de ponderação. Toda a fórmula do juízo de ponderação dirige-se a orientar uma fundamentação que seja apta para explicitar a correção do que é deliberado. A ampla participação de um universo aberto de intérpretes da Constituição somente surtirá efeitos legitimadores se houver deliberação que sopesse todos os argumentos expostos e que torne claro aos jurisdicionados os motivos por que uma ou outra linha de solução foi acolhida ou rejeitada.

Se a necessidade de se ouvir uma comunidade variada de interessados, por si, já é fator de limitação ao subjetivismo a que se inclinam os juízos de ponderação, é na exigência da fundamentação que essa barreira se vê reforçada. A necessidade de fundamentar decisórios há de conter o julgador e, simultaneamente, constitui o mecanismo assecuratório de racionalidade e representatividade da jurisdição constitucional, robustecendo a sua legitimidade no sistema democrático.

Prieto Sanchís vê na ponderação – de que é um entusiasta – um método para fundamentar inevitáveis enunciados de preferência condicionada. A ênfase, portanto, é posta na atividade de fundamentar, servindo a esta as regras de ponderação.<sup>668</sup>

Bernal Pulido também considera a questão da racionalidade das decisões judiciais o problema básico da aplicação do direito, sobretudo em situações de

---

<sup>667</sup> Gilmar Mendes. Direitos fundamentais..., ob. cit., p. 98.

conflito entre princípios constitucionais. Concorde com Wróblewski em que “uma decisão racional é uma decisão justificada”, logo acrescentando que “uma decisão justificada é aquela que procede de um raciocínio respeitoso às regras da lógica e da argumentação jurídica”.<sup>669</sup>

Entre nós, Oscar Vilhena Vieira tem por certo que “o ponto crucial de controle desta atividade argumentativo-decisória é a obrigação do magistrado de fundamentar e justificar a razões que o levaram a uma determinada decisão. (...) Mais do que um controle interno, onde o juiz reflete sobre as suas razões para decidir, a motivação permite a crítica pública dos fundamentos que levaram à decisão e à conseqüente possibilidade de reavaliação do decidido”.<sup>670</sup>

Fundamentação e legitimação da decisão são conceitos inter-relacionados. Nisso, os que se detém no tema da ponderação com algum vagar estão de acordo. Nem sempre, porém, se avança ao passo subsequente da formulação de critérios para que se tenha uma decisão de ponderação como suficientemente fundamentada – o que parece ser verdade também na literatura brasileira, em que pese ao esforço incomum de Ana Paula Barcellos.<sup>671</sup>

Aderindo-se ao modelo complexo de orientação de raciocínio por etapas como proposto por Alexy, uma decisão fundamentada há de se empenhar por estabelecer juízos de peso entre princípios confrontantes, com vistas a uma deliberação racional, contendo-se, na medida do possível, os excessos de subjetivismo que ameaçam a racionalidade do processo.

---

<sup>668</sup> Prieto Sanchís, *Justicia constitucional...*, ob. cit., p. 190.

<sup>669</sup> Bernal Pulido. *El derecho...*, ob. cit., p. 50.

<sup>670</sup> Oscar Vilhena Vieira. *A constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 238.

<sup>671</sup> Ana Paula Barcellos. *Ponderação...*, ob. cit., *passim*.

Da teoria da argumentação jurídica, em especial no que tange ao problema da ponderação, extraem-se postulados a que a construção dos argumentos deve atender. Assim, os argumentos devem ser consistentes, coerentes, universalizáveis e sinceros.<sup>672</sup>

Os argumentos devem estar baseados em conhecimentos assentados na dogmática jurídica. Não haverá coerência se não se buscar conciliar os argumentos do decisório com os significados das normas mais aceitos pela comunidade.

As decisões tomadas devem resultar em máximas capazes de universalização, de repetição no futuro em hipóteses análogas – e daí a preferência da ponderação principiológica sobre a ponderação *ad hoc*.<sup>673</sup> A idéia da universalização é exposta por MacCormick, em termos sucintos e claros, ao situá-la como elemento imperioso da justiça formal. Diz que “a noção de justiça formal exige que a justificação de decisões em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar como base para determinar outros casos semelhantes e decididos de modo semelhante ao caso atual”.<sup>674</sup>

A fundamentação, de resto, não pode deixar de ser o resultado de uma

---

<sup>672</sup> Veja-se, a propósito, não somente o capítulo anterior desta tese, como também Bernal Pulido, *El derecho...*, ob. cit., p. 50.

<sup>673</sup> Dessa forma, privilegiando-se a potencialidade de universalização como critério de qualidade do argumento, conforme já se salientou, reforça-se a segurança jurídica – valor posto em permanente tensão quando se recorre à ponderação judicial de valores -, bem assim se beneficia o princípio da igualdade na aplicação da lei. Tudo isso, sem que se imobilize o direito, embora se reacomode a distribuição dos ônus argumentativos em casos futuros, em que se pretenda rever regras advindas de ponderações judiciais anteriores. A esse propósito, não somente a tese se remete ao capítulo anterior, como também a Jorge Reis Novais (*Direitos fundamentais...*, ob. cit., pp. 61-62). Torna, também, a invocar Prieto Sanchís, no ponto em que eleva a universalização ao *status* de “garantia última de racionalidade, [já que] a universalização obriga a considerar todas as circunstâncias relevantes e a justificar à vista delas uma solução suscetível de ser assumida no futuro por todos e, em primeiro lugar, pelo próprio juiz” (Prieto Sanchís, *Justicia...*, ob. cit., p. 207).

<sup>674</sup> Neil MacCormick. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 126.

comunicação do agente que delibera com a coletividade, i. é, com os demais intérpretes, oficiais ou não, da Constituição. Não pode ser uma atividade de solipsismo, em que o juiz, por meio de um *fiat*, diz o direito, ao invés de construí-lo, a partir de um diálogo sincero e aberto, em que o aplicador se reconhece guiado por precompreensões, mas se esforça por cotejá-las com as razões que lhe são trazidas, no empenho por alcançar uma deliberação pretendidamente justa e correta.<sup>675</sup>

Para conceber a fundamentação adequada, o tribunal há de considerar se a decisão que toma é consistente com a jurisprudência consolidada. Ponderações cristalizadas trazem consigo a presunção de aquiescência dos poderes públicos e da sociedade, que não a desautorizaram pelos meios políticos disponíveis.

A existência de situações interpretativas enraizadas na prática constitucional implica, ainda, considerações de igualdade na aplicação da lei e de coerência do sistema. Até por isso, de outro lado, casos resolvidos com apoio em jurisprudência estabilizada demandam esforço argumentativo de menor monta. Perelman fala, aqui, em um “princípio do inércia, fundamento da nossa vida espiritual e social”. Por esse princípio, “na medida em que se trata de modo concordante com os precedentes uma situação essencialmente semelhante às situações anteriores, não se está compelido a fornecer justificação alguma”.<sup>676</sup> A argumentação, nessas hipóteses, há de se concentrar na demonstração do ajuste do caso apreciado aos precedentes a que adere.

---

<sup>675</sup> Por isso, deve ser compreendida com a cautela indispensável a orientação, impressa em voto no STF, de que “ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanista. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la” (RE 111.787, DJ 13.9.1991). A recomendação não provoca espanto se entendido que a “idealização da solução mais justa” não se resume à consulta do julgador a si mesmo, mas se forma pela oitiva dos interessados, dos vários auditórios cabíveis, inclusive do saber consolidado na dogmática, tudo isso confirmado pela formação humanística do julgador.

<sup>676</sup> Chaïm Perelman, Le champ de l'argumentation, Bruxelles: Presses Universitaires de Bruxelles, 1970, p. 180.

A conjuntura é diversa, quando a questão controvertida submete-se pela primeira vez à análise do tribunal. É também diferente quando a corte pretende distanciar-se de posição assumida no passado. Aqui, cabe e se requer a fundamentação demorada. É indispensável que a Corte revele, sem pejo, que se lança a um novo rumo exegético e que justifique a guinada, mediante a exposição e revisão da linha jurisprudencial anterior, quer para apontar-lhe eventual equívoco contemporâneo ao julgamento havido, quer para relevar circunstâncias jurídicas ou fáticas que impõem o reconhecimento de uma mutação constitucional.

O julgamento pelo STF do HC 82.959<sup>677</sup> ilustra-o bem. O precedente provocou mudança na compreensão do direito fundamental do condenado a uma imposição de pena adequada aos fatos e às circunstâncias pessoais do réu. Depois de mais de uma década de decisões no sentido da constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 – que impedia que o condenado por crime hediondo fosse paulatinamente recuperando franquias inerentes ao direito à liberdade – reviu-se a posição e se fixou o contrário. Os votos densamente arrazoados ora enfatizam o desacerto de decisões anteriores,<sup>678</sup> ora põem em realce uma nova visão do direito, expressiva de uma mutação constitucional, propiciadora de um juízo de proporcionalidade em termos diferentes daquele levado a efeito em meados da década

---

<sup>677</sup> HC 82.959, DJ 1/9/2006, rel. o Ministro Marco Aurélio.

<sup>678</sup> Como se vê do voto do Ministro Marco Aurélio, guiado pela convicção de que desde sempre a Constituição, ao proclamar o princípio da dignidade da pessoa humana, seria avessa à opção do legislador dos crimes hediondos. Acentuou, mais, que a “dignidade da pessoa humana é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso”. Acrescentou, ainda, que “a progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social”.

de 1990.<sup>679</sup>

Em casos assim, demanda-se mais acentuado esforço argumentativo. A alteração de jurisprudência não importará violência ao postulado da igualdade perante a aplicação da lei, nem afrontará o postulado da coerência<sup>680</sup>, se a mudança se fizer acompanhada de razões suficientes e claras para a superação do critério anterior. A ponderação dos motivos que recomendam a perseverança na linha da jurisprudência consolidada com as exigências de outros princípios constitucionais, descobertas ou revalorizadas posteriormente, deve ser o objeto da atividade de fundamentação da corte, com vistas a justificar a mudança operada.

De forma indispensável, para haver motivação adequada, é preciso estabelecer o sentido dos princípios em colisão. Para esse exercício, o juiz encontrará préstimo nos cânones tradicionais da interpretação, no saber acumulado na dogmática e – para lembrar o conhecido quinto critério interpretativo de Peter Häberle – também no direito comparado.

Espera-se da motivação que valide ou refute as perspectivas hermenêuticas trazidas à discussão pelas partes e pelos interessados, e, em continuidade, que formule conceitos aceitáveis pela comunidade dos intérpretes da Constituição – aceitáveis porque ajustados à idéia de direito firmada na jurisprudência ou, se se propõe uma evolução, porque compatíveis com uma compreensão reconstruída do juridicamente

---

<sup>679</sup> Nesse sentido, por exemplo, o voto do Ministro Gilmar Mendes, centrado na evidência de que a lei da década anterior não se demonstra necessária para o combate à criminalidade, até porque alguns dos crimes hediondos, desde então, passaram a admitir a progressão no regime de cumprimento da pena – não vencendo, desse modo, o teste da proporcionalidade.

<sup>680</sup> A esse propósito, o estudo, com atenção à jurisprudência espanhola, de Rubio Lorente (Francisco Rubio Llorente. “La igualdad en la aplicación de la ley” in Luis García San Miguel (editor). *El principio de igualdad*. Madri: Dykinson, 2000, em especial às pp. 56-57).

devido.<sup>681</sup>

A motivação é, pois, imprescindível. É o modo de o tribunal dialogar com a sociedade, de se expor ao controle democrático, viabilizando a crítica ou a adesão racional da comunidade dos que se inserem no ordenamento constitucional. O dever de motivar suficientemente as decisões judiciais - sobretudo aquelas que versam os *casos difíceis* de ponderação -, por isso mesmo, é inseparável da noção de responsabilidade inerente ao exercício de qualquer poder público. Como assinala Aarnio, “a divisão de poderes somente assegura a independência dos tribunais em relação aos outros centros de poder, especialmente com respeito ao executivo. Os tribunais, no entanto, são elementos da sociedade e da ordem democrática. Por isso, numa sociedade democrática, os tribunais também têm que estar abertos ao controle por meios democráticos. Esse controle somente se efetiva se os tribunais realmente *argumentarem* nas suas decisões”.<sup>682</sup>

A suficiente motivação da sentença não tem, portanto, como fim exclusivo viabilizar a argumentação contrária numa instância superior. Se fosse assim, o dever de motivar seria relevável nas decisões irrecoríveis e de última instância. Mais ainda, nos processos de natureza abstrata, aqueles sem partes no sentido tradicional do termo, não haveria sujeito para exigir a motivação. Para além de atender um interesse de ordem processual, a motivação opera sob uma perspectiva extraprocessual. Sobretudo na jurisdição constitucional, a motivação desempenha função política.

---

<sup>681</sup> Veja-se, a propósito, para mais minúcias, Rafael de Asís. El juez y la motivación en el derecho. Madri: Dykinson, 2005, em especial às pp. 136-158.

<sup>682</sup> Aulis Aarnio. Derecho, racionalidad y comunicación social. México: Fontamara, 2000, p. 53.

Numa ordem democrática, viabiliza a fiscalização pela comunidade das decisões.<sup>683</sup>

Em face dessa função propiciadora de um monitoramento social abrangente, já se pode apontar um requisito externo à motivação que lhe é indispensável – o requisito da publicidade. As decisões devem ser acessíveis ao público que vai sobre elas exercer o controle democrático por meio da crítica no espaço público. Nesse ponto, diga-se, a jurisdição constitucional brasileira satisfaz a exigência em ponto elevado. O acesso até mesmo ao processo de discussão entre os juízes constitucionais é oferecido ao público, por meio de transmissão televisiva, em tempo real e sem cortes, das sessões de julgamento. Em termos de publicidade do próprio processo decisório, o caso brasileiro é positivamente sem par no conjunto das diversas jurisdições constitucionais.

Para que possa atender ao objetivo de se expor à sociedade em geral, a motivação deve atender a outro requisito – o da inteligibilidade. O respeito a essa exigência previne a crítica à jurisdição constitucional que motivou Francisco Campos a conceber o mecanismo da Constituição de 1937 de revisão dos julgados finais do STF por quem detivesse o poder de legislar. Francisco Campos apodava a jurisdição constitucional de antidemocrática, porque inacessível ao povo, conforme se lê das suas palavras candentes:

“O controle judicial da constitucionalidade das leis é, sem dúvida nenhuma, um processo destinado a transferir do povo para o Poder Judiciário o controle do governo, controle tanto mais obscuro quanto insusceptível de inteligibilidade pública, graças à aparelhagem

---

<sup>683</sup> Para Igartua Salaverría, num “regime democrático, a obrigação de motivar se torna um meio pelo qual os sujeitos ou órgãos investidos de jurisdição prestam contas das suas decisões à fonte de que deriva a sua investidura [o povo]”. (Juan Igartua Salaverría. La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 25)

técnica e dialética que o torna inacessível à compreensão comum”.<sup>684</sup>

Dizia o jurista que o processo da jurisdição constitucional sofria do vício da dissimulação, por se envolver numa “técnica somente acessível a especialistas, [escapando] ao registro crítico da opinião popular”.<sup>685</sup>

Decerto que o discurso jurídico não pode prescindir dos termos técnicos, que compõem a linguagem necessária para se aplicar o direito. O que pode e deve ser esquivado é o vezo do exagero do jargão judicial; o que se repele é o desabusado “recurso a estereótipos e a fraseologia que não respondem à necessidade de expressar corretamente conteúdos jurídicos, em assuntos que são passíveis de serem versados adequadamente, sem se sair da linguagem comum”.<sup>686</sup>

Conquanto alguns exemplos de decisões de instâncias ordinárias demonstrem a oportunidade e a atualidade da advertência entre nós, vale o registro de que, no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, semelhantes excessos não se sobressaem.

A motivação das decisões pode-se inserir num contexto de descobrimento ou num contexto de justificação.<sup>687</sup> A primeira perspectiva ocupa-se do procedimento real do raciocínio jurídico, dedicando-se a descrever a prática do juiz ao decidir. A segunda, busca esclarecer as bases assumidas para a resposta dada ao problema,

---

<sup>684</sup> Francisco Campos. “Diretrizes Constitucionais do Novo Estado Brasileiro”. *Revista Forense* vol. 73, ano 35, fascículo 415, 1938, p. 229.

<sup>685</sup> id., *ibidem*.

<sup>686</sup> Salaverría. *La motivación...*, ob. cit., p. 27. Nessa mesma página, o autor complementa o raciocínio com a conclusão de que, “se a motivação não se dirige nem às partes e nem à generalidade dos cidadãos, então o jurista se converte no verdadeiro destinatário da sentença e se instala como intermediário necessário entre o juiz e o ambiente social; com o que, com relação aos leigos se produz um fenômeno de alienação, porque para eles, a sentença segue sendo um ato imposto de modo autoritário por um poder que atua movido segundo razões ocultas”.

intentando justificar o resultado dado para a questão posta.

O contexto do descobrimento pode ser relevante para a psicologia ou sociologia, mas não é o que se espera como motivação jurídica suficiente nas decisões de ponderação. O juiz pode alongar-se na auto-análise dos peculiares condicionantes psicológicos que inspiraram a decisão que proferiu, mas se se bastar com isso, não terá satisfeito o requisito da motivação. Caberia, aqui, a indagação de Salaverría: “cumpre [a obrigação de motivar] uma boa descrição de um raciocínio ruim?”<sup>688</sup>

Fala-se em contexto de justificação, quando o foco não está centrado nos motivos pelos quais uma decisão foi tomada, mas nas razões lógico-jurídicas que amparam a deliberação. Enquanto no contexto de descobrimento se intenta explicar por quê uma decisão foi tomada, num contexto de justificação o argumento se volta para aduzir razões que demonstrem a qualidade superior da decisão tomada. Ainda que, por vezes, uma mesma resposta possa atender a ambas as perspectivas, elas não podem ser confundidas entre si.

Para a motivação da decisão na jurisdição constitucional, está claro que o aguardado é a argumentação de ordem justificativa. O juiz motiva a sua deliberação para demonstrar o caráter racional e razoável da escolha feita e induzir a adesão à opção que realizou. Motiviar é emprestar sentido à responsabilidade judicial do juiz, que justifica o bem-achado da decisão e se justifica perante a comunidade a que serve e que é a depositária da soberania.

Não será freqüente que a mera referência a texto de ato normativo exonere o juiz constitucional de aprofundamento argumentativo. Espera-se, entretanto,

---

<sup>687</sup> A propósito, Aarnio. Derecho..., ob. cit., p. 51 e Salaverría. La motivación..., ob. cit., pp. 62-64.

<sup>688</sup> Salaverría. La motivación..., ob. cit., p. 63.

sobretudo nos casos mais controvertidos, que o juiz exponha o seu raciocínio de modo a dar a conhecer as razões de que se valeu, no zelo por caracterizá-las como corretas (não-arbitrárias), dessa forma tornando aceitável a decisão que pronuncia.

No contexto do constitucionalismo, em que se privilegia a proteção de valores fundamentais mesmo quando estes colidem com interesses acidentais das maiorias, o juiz constitucional não deve buscar um inexorável apoio de fato da maioria dos cidadãos — as suas decisões não necessitam coincidir com pesquisas de opinião. A responsabilidade judicial, máxime na jurisdição constitucional, está em escorar as decisões em razões jurídicas assentadas nos princípios estruturantes da comunidade política, expressos na Constituição e, sobretudo, nos direitos fundamentais que ela proclama. Como argúi Jan-R. Sieckmann, “uma concepção melhor fundamentada racionalmente pode impor-se sobre uma concepção majoritária baseada em interesses fortes, mas não tão bem fundamentados”.<sup>689</sup>

Cabe lembrar que a estrutura dos princípios não permite que os juízos de ponderação derivem de critérios objetivos; por isso mesmo, “outros sujeitos razoáveis podem chegar a outros juízos diferentes”.<sup>690</sup> Como na ponderação não há critérios objetivos unívocos para a solução de atritos entre princípios, e se abandona a idéia de que seja possível afirmar a única resposta correta para um dado problema, cresce de ponto a necessidade de se aperfeiçoar a exposição dos motivos jurídicos que conduziram o juiz ao resultado que proclama.<sup>691</sup>

---

<sup>689</sup> Sieckmann. *El modelo...*, ob. cit., p. 153.

<sup>690</sup> Sieckmann. *El modelo...*, ob. cit., p. 173.

<sup>691</sup> Assinale-se que a busca da correção, que deve animar o esforço da aplicação do direito, bem como o princípio da tolerância – compreendido este sob a perspectiva da natureza não unívoca e não logicamente necessárias das decisões tomadas por meio de juízo de ponderação – hão de inspirar a abertura para a rediscussão da mesma matéria, quando processualmente

Disso resulta que a fundamentação das decisões, sobretudo nos casos mais complexos, não pode bastar-se apenas com o plano da justificação interna, devendo também chegar ao domínio da justificação externa.

A justificação interna tem a ver com a estrutura lógica do raciocínio jurídico. O juiz deve apontar a premissa normativa, que, em contato com a situação de fato relevante, justifica a decisão tomada. Se isso é o que de ordinário se espera de toda decisão, no juízo de ponderação o esquema tende a não ser bastante, já que, então, também se problematiza a escolha da premissa normativa para o raciocínio, demandando-se que se justifique também tal opção. Entra-se no aspecto da justificação externa, em que as próprias premissas do raciocínio jurídico não se mostram auto-evidentes e resultam, elas próprias, de ponderações, que também devem ser justificadas. A motivação se apresenta, pois, consideravelmente mais complexa. Essa complexidade deve estar refletida na fundamentação, para que a motivação seja suficiente.

A qualidade da fundamentação, em especial da fundamentação externa, indicará o grau de virtude da própria decisão. Sustenta, a propósito, Cristina Queiroz, que “a análise das decisões jurídicas acaba por se resumir na análise da fundamentação que as sustenta” — e nisso se crava “a idéia de que as decisões de direito devem não apenas ser obedecidas, mas também reconhecidas, [idéia] que acompanha a passagem de um direito de base autoritária a um direito de base democrática”.<sup>692</sup>

A necessidade de justificar as premissas do raciocínio de aplicação do direito,

---

possível, diante do surgimento de novas razões que se revelem, à primeira vista, mais poderosas do que as anteriores.

aceitando-se que também aí se desenrola um processo de ponderação, rasga a imagem idealizada de um juiz burocrata, que assepticamente inculca certezas objetivas e absolutas, por meio de operações mecânicas de dedução, excludentes de toda sorte de visão alternativa. Firmado ser indispensável que os juízos constitucionais se forrem de argumentos de justificação externa, o magistrado não poderá ver-se a si mesmo como alguém selecionado para a tarefa estritamente por sua capacidade técnica para extrair conseqüências forçosas de conceitos jurídicos predeterminados. O juiz constitucional não pode compreender-se a si mesmo como um funcionário, que não escolhe e nem cria, e que não representa a sociedade, sob pena de se encobrirem as opções valorativas inevitavelmente ocorridas, mascarando-se a sua real responsabilidade. Assumir que se decide por ponderação implica maior responsabilidade argumentativa e favorece a participação e legitimação democrática.

Ao justificar as suas premissas o juiz reconhece que, em certos momentos, realiza opções valorativas, expondo-as, em atividade para a qual a fórmula do peso de Alexy há de ser útil e reveladora.

A motivação deve, como pede Romboli, “mostrar claramente os critérios que a Corte seguiu para concluir pela prevalência de um valor sobre outro, tornando assim possível a construção de uma escala de valores deduzível da jurisprudência constitucional, que possa ser contraposta com a escala de valores desenvolvida pelo legislador”.<sup>692</sup> Decerto há de se concordar que “o caráter fortemente valorativo do

---

<sup>692</sup> Cristina M. M. Queiroz. Direitos fundamentais (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 189 e 190.

<sup>693</sup> Roberto Romboli “Ragionevolezza, motivazione delle decisioni ed ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali” in Corte Costituzionale. Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale. Milão: Giuffrè, 1994, p. 232. O autor lembra, ainda, na página seguinte, que a motivação bem clara e abrangente no

juízo de ponderação impõe uma motivação congruente, [já que] uma tal motivação é o único contrapeso possível à peculiar latitude do juízo em exame e somente ela pode tornar aceitável o mesmo juízo e controlável o seu suporte argumentativo, demonstrando que não é fruto de mero arbítrio, nem pertence apenas ao campo do mérito político, sendo, ao contrário, desenvolvido segundo as regras que governam o raciocínio do jurista”.<sup>694</sup>

Cabe, na motivação, como justificativa externa, comparar as variantes de solução para o caso, mantendo-se a postura de cuidado contra as falácias que podem insinuar-se em certos argumentos. Assim, não basta invocar princípio de grande peso, para justificar a preterição de um princípio concorrente, se a importância direta desse princípio de grande peso para a causa é de reduzido impacto. Invocar o princípio de grande peso, em caso assim, pode conduzir a enganos no momento de se montar a equação do sopesamento. É o que ocorreria – valha a ilustração extrema –, se se invocasse o princípio da liberdade de ir e vir para desafiar uma lei que proíbe o indivíduo alcoolizado de dirigir veículo automotor. É evidente que o direito de ir e vir sofre reduzido efeito numa situação como essa, dada a gama de opções de meios de locomoção existente. Não basta, portanto, invocar um princípio de grande peso abstrato para se formar uma equação aceitável em tema de ponderação; é preciso que se atente, como ensinado por Alexy, para a importância sobre o princípio da restrição exercida pela outra pretensão. No exemplo figurado, a importância para a liberdade de ir e vir da restrição operada em nome da segurança pública é irrisória, não obstante a magnitude que o direito de ir e vir, em si, ostenta no contexto dos direitos

---

exercício da ponderação, além de possibilitar o controle da decisão pela opinião pública, “garante uma maior homogeneidade de juízos por parte da própria corte”.

fundamentais. A observância da estrutura da ponderação, como minudenciada por Alexy, auxilia, efetivamente, a exposição de razões inerente ao dever de motivar.

Disso resulta que o peso a ser atribuído aos princípios pode ser justificado, pelo juiz, também, com apelo à repercussão da medida examinada sobre o grau de satisfação do direito ou do princípio a ser ponderado. É indispensável que o julgador exponha o domínio normativo do princípio, conforme revelado pela doutrina e jurisprudência, e examine, a seguir, em que extensão o princípio haverá de se retrair em decorrência da medida sob exame.

A fundamentação, por outro lado, deve estar alerta para a circunstância de que, por vezes, o estado de coisas que demanda a ponderação é delicado e conecta princípios diversos. Seria equivocado contrabalançar cada um desses princípios isoladamente com o princípio que se lhes opõe. Nessas situações, é preferível submeter unitariamente o conjunto interligado de princípios (vale dizer, o princípio complexo) ao sopesamento.<sup>695</sup> Não obstante, esse princípio complexo tende a ver reconhecido em seu favor um peso relativamente alto, na medida em que é apoiado por vários outros princípios, cada qual com o seu peso específico.

No momento da atribuição do peso relativo a um dos direitos em jogo, o julgador deve estar advertido para a circunstância de que essa magnitude não se define exclusivamente no cotejo do direito com o princípio a que se opõe, nem mesmo apenas pela descoberta da extensão em que será afetado pela medida. O peso relativo

---

<sup>694</sup> Adele Anzon. “La motivazione dei giudizi di ragionevolezza e la *dissenting opinion*”. In Corte Costituzionale. Il principio..., ob. cit., pp. 257-258.

<sup>695</sup> Nesse sentido, e para exemplificar, Sieckman parece preferir que a liberdade de expressão no debate político seja considerada um princípio complexo, em vez de ser tomada como a soma dos princípios da liberdade geral de expressão, do direito de participação política e dos princípios democráticos – ou mesmo em vez de ser identificada integralmente com um ou cada um desses princípios aventados.

também deve ser apurado segundo a importância da função que o direito desempenha para o indivíduo. Assim, num cogitável conflito entre direito à saúde, traduzido em pretensão a certo tratamento médico, e princípios de cunho orçamentário, o peso relativo do direito à saúde sofrerá flutuações conforme a importância para cada indivíduo da prestação por parte do Estado. Mesmo que diferentes autores estejam em situações clínicas análogas, será possível atribuir pesos relativos distintos ao direito à saúde que arguem, conforme, por exemplo, a disponibilidade de cada qual para obter o mesmo tratamento com recursos próprios. Essa diferença entre pesos relativos, bem se vê, não leva em conta a apenas a importância do direito à saúde em face de princípios constitucionais orçamentários, que seriam os princípios confrontantes no problema.<sup>696</sup>

Decerto, afinal, que, se o método da ponderação de princípios não produz um resultado que se imponha como indiscutível, “fornece um modelo procedimental de justificação [de decisões]”<sup>697</sup>, ensejando a crítica racional para cada um dos diversos estádios de raciocínio que informam a deliberação. Estrema-se, assim, o juízo de ponderação do mero intuicionismo, aproximando-o, antes, de um juízo de prudência transparentemente exposto.

A fundamentação dos decisórios, se não comprova a conformidade com um critério positivo de ponderação correta – porque tal critério não existe<sup>698</sup> –, deve convencer que não deixou de considerar critérios sem os quais a decisão se tornaria defeituosa.

---

<sup>696</sup> A propósito, veja-se Sieckmann, *El modelo...*, ob. cit., pp. 183-184.

<sup>697</sup> Sieckmann, *Los principios...*, ob. cit., p. 230.

<sup>698</sup> Se existisse um tal critério, “se fosse possível determinar objetivamente os pesos dos princípios colisionantes – observa Sieckmann –, estabelecer-se-ia uma caso de cálculo, e não

A fundamentação obrigatória, evidentemente, não é a motivação extensa. Não se cobra a motivação prolixa, pontuosa, repleta de *obiter dicta*, de argumentos desnecessários, desfocados do problema em jogo. Salaverría repara que constitui “erro maiúsculo equivocar a estrutura discursiva da motivação com a sua largura expositiva”<sup>699</sup>. Comenta que o padrão a ser obedecido é o da suficiência<sup>700</sup>, que será atendido – pode-se completar – quando as exigências de justificação interna e externa que surgem do caso em apreciação são correspondidas.

Na realidade, para se estabelecer o que se esperar de uma motivação suficiente, é útil ter em apreço o universo dos que são alcançados pela decisão – o auditório do juiz constitucional.<sup>701</sup> Esses auditórios, conforme exposto no item anterior deste capítulo, coincidem com círculos comunicativos que se expandem ou se contraem, no que tange aos seus componentes, segundo a interferência na discussão de considerações técnicas e morais. Haverá questões a serem deslindadas pelo juiz constitucional de reduzida atração para a comunidade leiga em geral, em que não são

---

de ponderação em que se indaga o resultado ponderativo correto” (Los principios..., ob. cit., p. 267).

<sup>699</sup> Salaverría. La motivación..., ob. cit., p. 95.

<sup>700</sup> id., p. 97.

<sup>701</sup> A alusão a *auditório*, chama a atenção para os estudos que notabilizaram Chaïm Perelman em torno do tema da argumentação. Perelman e Olbrechts-Tyteca falam de um auditório universal composto por todos os homens adultos e normais (Chaïm Perelman e L. Olbrechts-Tyteca. Traité de l’argumentation – la nouvelle rhétorique. Bruxelas: Éditions de l’Université de Bruxelles, 1983, p. 39), diante de quem o expositor deve demonstrar “o caráter peremptório das razões aduzidas, a sua evidência, o seu valor atemporal e absoluto, independente das contingências locais e históricas” (id., p. 41). Os autores cogitam também de auditórios particulares, que compartilhariam com o universal a mesma suposição de reunir, embora em torno de assuntos particulares, pessoas em situação ideal de possuírem “a mesma competência, a mesma informação” (id. p. 45). As idéias de Perelman foram retomadas e refinadas por Aarnio, para quem haveria de se considerar, para o mundo das decisões jurídicas, dois níveis de audiências, a que chamou de *comunidade jurídica I*, englobando todos os que lidam ou podem tratar com assuntos jurídicos, uma audiência concreta, e a *comunidade jurídica II*, composta pelos que se comprometem com as regras e princípios de racionalidade (Aarnio. Derecho, racionalidad..., ob. cit., pp. 61-67). Como desenvolvido anteriormente nesta tese, a idéia de auditório adotada para os propósitos deste capítulo é ainda mais particularizada.

necessárias opções morais significativas, como, por exemplo, ocorre em algumas discussões envolvendo princípios constitucionais de ordem estritamente tributária. Outros casos, de seu turno, repercutem intensamente sobre a concepção ética que a sociedade tem como essencial para a sua conformação. Um debate sobre a admissibilidade jurídica do aborto ilustra caso dessa classe.

Essas diferenças de repercussão social, conforme a abrangência de aspectos morais do caso, tanto influem para se formar um juízo de admissibilidade de *amici curiae* nos processos, como, igualmente, conferem os contornos da intensidade da argumentação adequada. Quanto mais encarecidos pela comunidade forem os aspectos morais em disputa no exercício de ponderação, tanto mais abrangente e minuciosa haverá de ser a fundamentação dos pesos atribuídos aos princípios em choque e tanto mais insuflada de explícitas considerações morais há de ser a motivação do decisório. Fundamentação mais estritamente técnica será apropriada para questões de diminuta indagação moral.

As considerações de Alexy sobre o grau de certeza em torno das premissas de fato das deliberações induzem outra ordem de cuidados a ser seguida quando da fundamentação do julgado.

Na atividade da ponderação, os fatos são importantes para que se verifique se a medida restritiva de um direito atende ao fim a que se volta e para averiguar a existência de alternativa viável de menor impacto negativo. O balanço entre vantagens e desvantagens da medida, no acerto do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, depende também, substancialmente, de projeções fáticas e do apanhado fiel de ocorrências da realidade objetiva.

O exame de fatos na jurisdição constitucional se dá tanto no controle de constitucionalidade em concreto como no controle abstrato, em que pese à resistência,

neste último caso, verificada no Supremo Tribunal Federal até recentemente.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era contrária até mesmo à admissão de ação direta de inconstitucionalidade em que houvesse de desenredar fatos controversos.<sup>702</sup> A Lei nº 9.868/99, no art. 9º, e a Lei nº 9.882/99, no art. 6º, § 1º, inovaram a jurisprudência reafirmada tantas vezes em sede de controle abstrato, ao cogitarem de perícias a serem realizadas no curso da ação direta de inconstitucionalidade ou da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Estatuiu-se, assim, que em instrumentos de controle abstrato a controvérsia de fato não poderia impedir a corte de formulação de um juízo de mérito.

Gilmar Ferreira Mendes observa que ambas as leis, nesse ponto, atentaram “para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial à própria metodologia jurídica”, não havendo como “negar a ‘comunicação entre norma e fato, que constitui condição da própria interpretação constitucional. (...) O processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos”.<sup>703</sup>

Gilmar Mendes sustenta, fornecendo exemplo da experiência alemã, que o controle de constitucionalidade se subordina, por vezes, a uma revisão de prognósticos de fato efetuados pelo legislador. “No que respeita aos eventos futuros – assinala – entende-se que a decisão sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de uma

---

<sup>702</sup> Nesse sentido, v.g., a ADI-MC 1.585 ( DJ 3.4.1998, rel. o Ministro Sepúlveda Pertence), que não foi conhecida, “em face da jurisprudência do STF no sentido de que, em princípio, é inviável, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a análise da argüição de ofensa ao art. 169, da CF (“A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.”), porquanto, para o deslinde da questão, é indispensável o exame de matéria de fato”. Afirmando o mesmo entendimento, ainda que diante de outra espécie de controvérsia jurídica, a ADIn 1.672-DF, rel. Min. Néri da Silveira, julgada em 26.2.98, embora somente publicada no DJ 3.3.2000.

<sup>703</sup> Gilmar Ferreira Mendes. Argüição de..., ob. cit., pp. 127 e 134-135.

dada lei depende da confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou da provável verificação de um dado evento”.<sup>704</sup> É interessante verificar, com Gilmar Mendes, que, não obstante a jurisprudência que existiu até o final de 1999, em diversos casos, envolvendo o princípio da igualdade e o da proporcionalidade, o Supremo Tribunal não deixou de examinar fatos pressupostos pelo legislador.<sup>705</sup>

O momento atual da jurisprudência do STF não é mais hostil ao estudo de fatos para firmar juízos de ponderação em ações de controle abstrato. Prova eloqüente disso é dada pela ADI 3.510, em que se discutiu a legitimidade constitucional de pesquisas científicas com embriões humanos.<sup>706</sup>

O exame de matéria de fato, portanto, é admitido, hoje, na jurisdição constitucional abstrata perante o STF, o que reforça o argumento de que a fundamentação dos decisórios em que se desempenha um juízo de ponderação não lhe pode ser alheia.

Diante do poder, tornado explícito no âmbito do controle abstrato, de o juiz constitucional sindicat fatos, a fundamentação dos juízos de ponderação entre princípios constitucionais deve-se escorar em números tão precisos quanto possíveis e em verificadas realidades.

Não atende à imposição de justificar um decisório a mera intuição sobre efeitos de uma medida, nem as impressões vagas sobre a realidade atual; tampouco são válidos pressentimentos incertos sobre a realidade futura, nem, muito menos, acode aos fins da atividade de motivar a aceitação ligeira de alguma versão

---

<sup>704</sup> id., p. 128.

<sup>705</sup> id., pp. 127-128

controvertida de circunstâncias do passado.

## **Fundamentação e teoria jurídica**

Assinalou-se, ao longo da tese, a importância de o exercício da ponderação guardar sintonia com os valores jurídicos consolidados na sociedade. Trata-se de uma exigência sublinhada por representantes das várias correntes de entendimento sobre a índole da atividade jurisdicional.<sup>707</sup> O juízo de ponderação não pode prescindir das teorias jurídicas, produzidas e assentadas nos meios profissionais do direito.

O recurso aos conceitos dominantes da dogmática jurídica, incorporadora da jurisprudência, alça-se à condição de meio essencial à fundamentação de qualquer ato deliberatório, e, com sobrada causa, do juízo de ponderação.

Princípios, como o da separação de poderes, e os lineamentos assentados dos vários direitos fundamentais cumprem função por vezes decisiva, não somente para guiar a ponderação, propiciando o conhecimento das funções dos direitos e auxiliando a aferição de pesos específicos dos princípios atitados, como, igualmente, revelando casos de conflitos meramente aparentes, em que a ponderação não é solicitada.

De fato, não raro, quando se chama o socorro do princípio da proporcionalidade/razoabilidade, busca-se acudir o que se pode resolver pela singela

---

<sup>706</sup> O relator, Ministro Carlos Britto, dedicou ao escrutínio de aspectos de fato que envolvem a discussão toda a manhã e a tarde do dia 20 de abril de 2007, em audiência pública para a qual foram convidados mais de trinta pesquisadores e especialistas para compartilhar com a corte as suas vivências, os seus conhecimentos e suas avaliações técnicas.

<sup>707</sup> A propósito, veja-se Ronald Dworkin. “Elogio à teoria” (trad. Elton Dias Xavier). Revista de Direito do Estado, n. 7, julho/setembro 2007, *passim*. Especialmente, confira-se a importância que o autor atribui ao conhecimento sistematizado em teoria de princípios, uma

incidência de uma norma jurídica, a partir da consideração do que se tem por definido como sendo o seu âmbito normativo. Em casos assim, não é de se pautar o debate pelo método da proporcionalidade — com o seu coeficiente problemático no que tange à falta de mais perfeita objetividade do juízo da ponderação e à tensão que daí resulta para o princípio da separação de poderes. O juízo de ponderação não pode ser o primeiro instrumento de resolução de casos judiciais, mas deve assumir papel subsidiário, operando quando a questão não puder ser solucionada por mero procedimento de subsunção.

Vem a propósito a admoestação de Aharon Barak, no sentido de que “não é todo problema jurídico que se resolve por meio da ponderação. (...) Deve-se avaliar cada problema e estimar se é adequada a solução baseada no balanço dos valores conflitantes ou se outro método, como o do recurso aos conceitos jurídicos, é apropriado”.<sup>708</sup>

Decerto que se haverá de cuidar para não se encobrir um real juízo de ponderação, a pretexto de meramente se subsumir hipótese de fato a hipótese normativa. Esse perigo se concretiza quando não se tem pacificado, no acervo dos saberes cristalizados na comunidade jurídica, o âmbito normativo do direito aplicado. Aí, então, a própria definição dos limites do direito pode-se mostrar matéria que reclama um juízo de ponderação. Quando se trata, entretanto, de aplicar conceitos inequívocos vinculados a um preceito normativo, o socorro da ponderação se

---

vez que “argumentar juridicamente significa trazer à luz problemas jurídicos relevantes (...) numa vasta rede de princípios derivados da ordem jurídica ou da moralidade política” (p. 4).

<sup>708</sup> Barak, *The Judge...*, ob. cit., p. 176. A chamada é tanto mais expressiva, uma vez que sai da pena do mais conhecido e preeminente dos juizes que passaram pela Corte Suprema de Israel, por sua vez tida como o tribunal “que aplica a perspectiva da proporcionalidade mais consistente e rigorosamente do que qualquer outro corpo judicial no mundo” (Alec Stone Sweet e Jud Mathews. “Proportionality, balancing...”, ob. cit., p. 40).

desmerece, até mesmo para se impedir a sua banalização.

Podem-se ilustrar casos de alegação desnecessária do princípio da razoabilidade/proporcionalidade – porque a questão era passível de solução por meio da aplicação direta de conceitos assentados – em precedentes de corte diversas e, até, do próprio Supremo Tribunal Federal.

No Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por exemplo, decidiu-se que não era dado se recusar a admissão de candidato a concurso público para cargo na Polícia Federal, por fato que resultou em processo criminal, encerrado, contudo, pelo cumprimento de condições impostas para a suspensão do feito, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95. O acórdão invocou expressamente a garantia da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), que seria bastante para resolver a causa. Somou como razão de decidir, porém, desnecessária e desfundamentadamente, “os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”.<sup>709</sup>

No Supremo Tribunal Federal, o exemplo vem da ADI MC 1.158<sup>710</sup>. O voto condutor do acórdão assegurou, explicitamente, que o princípio constitucional do devido processo legal substantivo estava agredido por “norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal”. Invocou o princípio do *due process*, no qual se radicou o princípio da proporcionalidade, como fator de invalidação de “qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade”.

Avaliar o que é razoável provoca dispensável tensão entre os poderes, quando se pode, como no precedente, resolver a controvérsia pela aplicação direta de

---

<sup>709</sup> AMS 2006.34.00.019668-3/DF, e-DJ de 18/02/2008.

conceitos jurídicos assentados, justificadores também, de modo menos aberto a discepções, de uma crítica ao legislador. O mesmo problema da ação direta aludida poderia ter sido solucionado sem o apelo às particularidades – e desvantagens – do princípio da proporcionalidade.

Prova disso está em que o mesmo Tribunal, mais tarde, fulminou outra norma que também concedia adicional de férias a aposentado, valendo-se da compreensão assente no domínio normativo do direito de férias, sem precisar do remédio da proporcionalidade. Na ADI 2.579,<sup>711</sup> recordou-se que, no plano constitucional, “o direito às férias remuneradas é assegurado ao servidor público em atividade”, e como o “acréscimo de um terço da remuneração segue o principal, somente faz jus a esse acréscimo o servidor com direito ao gozo de férias remuneradas”. Excluiu-se, assim, o aposentado do domínio normativo do direito constitucional a férias remuneradas, sem a necessidade de efetivar ponderações, bastando interpretar e aplicar a norma pertinente, segundo conceitos assentados.

Da mesma forma, noções essenciais ao debate em torno da legitimidade do juízo de sopesamento, se referidas em contexto impróprio, podem levar a soluções imperfeitas. É o que ocorre com o princípio da separação de poderes, que se alteia como princípio formal relevante em favor das opções normativas levadas a efeito pelo legislador, mas não se apresenta como regra absoluta, cabendo ser sopesado com outros interesses materiais constitucionalmente protegidos.

Ao fundamentar o decisório, o juiz não pode, por isso, se recusar a desempenhar o exercício da ponderação apenas por reconhecer a competência do legislador para a mesma atividade. Cabe, mesmo aí, ao julgador examinar se a solução

---

<sup>710</sup> DJ 26.5.1995

normativa foi composta de acordo com as possibilidades do razoável.

A compreensão incerta da atividade de ponderação a cargo do judiciário em face do princípio da separação de poderes pode levar a soluções às vezes surpreendentes, senão desconcertantes. Num precedente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região,<sup>712</sup> em que se apreciava a licitude de exigência de certa especialização para inscrição em concurso público visando ao provimento de cargo administrativo, o acórdão repeliu censura ao critério que motivara a demanda, argumentando que “os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (...) decorrem do princípio da legalidade, impedindo o Poder Judiciário de atuar, neste aspecto, pronunciando qualquer substituição a respeito, porque suscitaria ingerência entre poderes”.

Do que se pode deduzir, o voto condutor do acórdão tomou o juízo de proporcionalidade como atividade típica do legislador, insuscetível de contraste judicial, por força do princípio da separação dos poderes. Está claro que se os conceitos jurídicos básicos, como o da separação de poderes e da legalidade, fossem tomados na acepção doutrinariamente entronizada, o raciocínio haveria de estar estruturado em outros termos.

A mesma imprecisão no trato do princípio da separação de poderes torna passível de crítica decisão do Superior Tribunal de Justiça, que recusou a possibilidade de, nas instâncias ordinárias, se exercer um juízo de proporcionalidade numa situação concreta em que se discutia a legitimidade de multa de trânsito.

No REsp 451.242,<sup>713</sup> o Superior Tribunal de Justiça se defrontou com acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que afirmara destoante do princípio da

---

<sup>711</sup> DJ 26.9.2003, rel. o Ministro Carlos Velloso.

<sup>712</sup> AMS 2005.80.008456-9, DJ 30.1.2008.

<sup>713</sup> DJ 10.3.2003.

proporcionalidade a redução da velocidade máxima em rodovia a 40 km/h durante a madrugada. O Tribunal de Justiça vira, aí, falta de adequação da medida ao fim buscado, a segurança do trânsito.

O STJ, tecendo considerações genéricas sobre o propósito das “lombadas eletrônicas” de reduzir acidentes por excesso de velocidade, afirmou que o estabelecimento de velocidades máximas responde a apreciação insindicável pelo judiciário, sob pena de “intromissão indevida no âmbito do administrador”. A fundamentação não tratou do argumento do Tribunal de Justiça de que o administrador se excedera ao fixar em concreto da velocidade permitida em patamar desnecessariamente baixo. O acórdão se bastou, a título de motivação, com dissertar sobre o poder inibitório de acidentes exercido pelas barreiras eletrônicas – assunto que, entretanto, não era o objeto central da controvérsia. Se a lombada eletrônica é medida adequada, em tese, para a redução de acidentes de trânsito, daí não resulta correto e necessário qualquer nível de velocidade máxima que venha a ser fixada para a estrada.

O acórdão da corte superior revela a importância e a premência de uma compreensão mais precisa das finalidades e limites do juízo de ponderação, até para favorecer uma melhor qualidade de fundamentação dos decisórios. O julgamento do STJ poderia ser mantido no resultado encontrado, mas se beneficiaria metodologicamente se estivesse amparado numa percepção mais acurada do grau de influência do princípio da separação de poderes sobre os juízos de proporcionalidade exercidos pelo judiciário.

O precedente também se presta para alertar para a necessidade de se ter presente que o juízo de proporcionalidade pode ocorrer tanto em abstrato como em

concreto<sup>714</sup>. O tribunal parece ter-se dedicado a apurar a legitimidade da fixação de velocidade pelo administrador, com a aplicação de multas por meios eletrônicos de controle de veículos, o que poderia render um juízo positivo, em tese, da legislação que o permite. O problema que se colocava, porém, era mais particularizado e exigia um adensamento do juízo, a fim de aferir, apesar da possibilidade em tese da aplicação da multa, se no caso em apreço as circunstâncias relevantes permitiam a incidência da norma punitiva, ante os condicionantes impostos pelo princípio da proporcionalidade.

Sem cuidar desses aspectos, o princípio da separação de poderes termina por ser invocado em circunstâncias desfocadas do seu propósito e do seu âmbito normativo, conforme distinguidos pela doutrina consolidada. Decerto que tal postulado não é avesso à sindicância judicial da proporcionalidade das deliberações tomadas pelo legislador e pelo administrador. Nem o princípio da separação de poderes, nem os demais princípios formais democráticos podem ser vistos como limites intransponíveis para o exercício da ponderação, ainda que sejam relevantes para modular-lhe a intensidade.

Ao fundamentar um juízo de ponderação – ou a recusa em efetuar-lo –, o julgador pode beneficiar-se de outra gama de conceitos hauridos da teoria dos direitos fundamentais. Ali, encontrará referência à doutrina que aponta limites a restrições de direitos fundamentais – o que pode operar como motivo para que não efetue a ponderação de certos direitos com outros bens e interesses.

Assentado que um direito assume a forma de princípio, há de ser tido como um mandamento de otimização, o que o torna maleável às possibilidades não somente

---

<sup>714</sup> Neste ponto, a tese se remete às considerações específicas acima desenvolvidas.

fáticas como também jurídicas — do que resulta que poderá ter a sua abrangência normativa comprimida ou distendida conforme o peso de princípios constitucional que se lhe contraponham parcial ou totalmente.

A compressão ou distensão do direito fundamental encontra, porém, divisas.

Todo direito fundamental precisa ser delimitado no seu âmbito de proteção. Por isso, Gilmar Ferreira Mendes adverte para a indispensabilidade da compreensão da estrutura dogmática de cada direito fundamental, o que lança o observador à tarefa de discernir “os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica”, i.é, remete ao trabalho de estabelecer o *âmbito de proteção*<sup>715</sup> do direito fundamental. A definição do âmbito de proteção – prossegue o autor – “configura pressuposto primário para a análise de qualquer direito fundamental”.<sup>716</sup>

O exercício que se demanda do jurista, neste passo, consiste em identificar os bens jurídicos e as situações fáticas que se inserem na órbita da norma jusfundamental. Isso demanda interpretação sistemática; não dispensa, tantas vezes, o confronto da norma constitucional com outras editadas pelo próprio constituinte ou pelo legislador, por força de competência a este atribuída para tanto pelo mesmo constituinte.<sup>717</sup> Também o aplicador do direito realiza o trabalho de identificar o

---

<sup>715</sup> A expressão *âmbito de proteção* tem outros sinônimos, como anota Canotilho (J. J. Gomes Canotilho. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1130). As expressões “domínio existencial”, “domínio normativo”, “pressupostos de fato dos direitos fundamentais” e “âmbito normativo” possuem o mesmo significado. Todas aludem às “realidades da vida que as normas consagradoras de direitos captam como *objeto de proteção*”.

<sup>716</sup> Gilmar Mendes. Curso de..., ob. cit., p. 284.

<sup>717</sup> A restrição se diz imediata, quando o próprio constituinte a estatui, como no exemplo trazido por Gilmar Ferreira Mendes do art. 5º, XVI, da Constituição, que proclama o direito de reunião, mas reunião sem armas (Gilmar Mendes. Curso de..., ob. cit., p. 293). O mesmo autor classifica como restrição mediata a que se realiza “mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição” (id, p. 292). A conformação do direito, ainda, em alguns casos, se dá pelo legislador diretamente, como quando a Constituição prevê

âmbito do direito fundamental, harmonizando-o com outros direitos, conforme ensina Gilmar Mendes ao observar que “o esforço hermenêutico de compatibilização pode levar à redução do âmbito de proteção, ou mesmo legitimar a imposição de restrições”.<sup>718</sup>

É certo, então, que o âmbito normativo de um direito fundamental, muitas vezes será definido em seguida a uma ponderação entre normas constitucionais, como forma de harmonizar conteúdos parcialmente incompatíveis entre si. Cumpre reconhecer, porém, que, em alguns casos, a ponderação não estará confiada – ou somente o estará em condições especiais – à jurisdição constitucional, realizando-se em outra sede.

A própria dogmática pode-se erguer como limite à ponderação pela jurisdição constitucional em certas hipóteses. Não caberá o exercício de ponderação judicial para inovar o âmbito normativo de um direito que já esteja assentado pela dogmática, a não ser que se reúnam razões poderosas opostas ao que foi consolidado.

Se o juízo de ponderação deve ser compreendido num contexto de regime democrático, a jurisdição constitucional não pode desprezar os valores consensuais da comunidade jurídica; por isso, temas que já lograram assentimento generalizado não devem ser reagitados senão em casos extremos, nos quais será máximo o ônus argumentativo da demonstração do desacerto da perspectiva firme na comunidade jurídica.

Se assim é, o juiz constitucional, diante de consensos doutrinários estabelecidos, não deve formular ponderações pessoais ligeiras, para encontrar

---

um direito de ordem normativa, como, por exemplo, o direito ao júri, que depende de lei que defina o instituto e o regule.

<sup>718</sup> id., p. 295.

âmbitos normativos de direitos fundamentais até ali recusados pelo saber construído na comunidade jurídica. É possível, assim, estabelecer áreas interditas à ponderação judicial no tocante à compreensão dos direitos fundamentais, em especial no que tange à definição de seus limites internos de conteúdo.

Para o exemplificar, estando firmemente assentado que a liberdade de expressão não se restringe aos casos de manifestação verbal, não poderá o juiz constitucional se recusar a ter como *prima facie* integrado nessa liberdade um caso de expressão corporal.

Da mesma forma, o consenso da comunidade jurídica pode excluir do âmbito normativo de um direito uma determinada gama de comportamentos que, semanticamente, poderiam enquadrar-se no programa normativo da norma jusfundamental. Assim, não se tomará como integrante do domínio normativo da liberdade de expressão comportamentos fisicamente violentos, mesmo que carregados de conotação expressiva.<sup>719</sup> Estabelecido tal consenso, não se franqueia ao juiz encetar uma ponderação entre liberdade de criação artística e o direito à vida, por exemplo, com vistas a resolver um caso concreto.

Por esse mesmo raciocínio excluem-se outras ponderações, por descabidas. Assentado na comunidade jurídica – sirva este outro exemplo – que no direito à honra não se inclui justificativa para o homicídio do cônjuge adúltero, não haverá o julgador de admitir discussão que vise a ponderar direito à honra e direito à vida, em casos assim. Isso porque, fixado que nos limites do direito à honra não se inclui a supressão da vida de um cônjuge pelo outro, não haverá direitos fundamentais em colisão,

---

<sup>719</sup> No capítulo que me tocou na obra coletiva Curso de Direito Constitucional (Gilmar Ferreira Mendes e outros), já citada, pp. 349-367, em especial à p. 351, anotei o consenso existente em excluir do conteúdo da liberdade de expressão as situações de violência física.

tornando ocioso qualquer empenho de estabelecer concordâncias práticas.

Em casos assim, é a dogmática, na medida em que incorpora conceitos suficientemente cristalizados na comunidade jurídica, que impede de se cogitar de um juízo de ponderação. O consenso a que esta deve buscar atender já está estampado na dogmática construída pela comunidade jurídica.<sup>720</sup>

A teoria dos direitos fundamentais também auxilia o julgador a identificar outros problemas, igualmente relacionados com restrição a direito fundamental, em que a ponderação se vê deslocada de contexto e impossibilitada.

A doutrina dos direitos fundamentais conhece a distinção entre restrições operadas pelo legislador sobre direitos fundamentais segundo o modelo de reserva de lei simples e o de reserva de lei qualificada. Na primeira, expõe Gilmar Ferreira Mendes, “limita-se o constituinte a autorizar a intervenção legislativa sem fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei”; na segunda, “eventual restrição deve-se fazer tendo em vista a persecução de determinado objetivo ou o atendimento de determinado requisito expressamente definido na Constituição”.<sup>721</sup>

Com relação às restrições legais qualificadas, o constituinte define os casos em que o direito poderá ser restringido e, ao fazê-lo, exclui a possibilidade de que o legislador venha a conceber compressões sobre o direito fundamental que atendam a finalidade diversa da estipulada na norma constitucional ou que sigam modo distinto do prescrito na norma de reserva. O constituinte impede tanto o legislador como o juiz/aplicador de construir outras limitações a partir de ponderações de que não

---

<sup>720</sup> Evidentemente, a doutrina pode sofrer modificações, para espelhar valores nascentes na comunidade jurídica. Quando isso acontece, a posição anterior deixa de se qualificar pelo consenso. Nesse caso, é claro, a falta do consenso na definição do direito fundamental deixa de existir, não mais tendo cabimento falar em impossibilidade de ponderação – essa, todavia, não é a situação de que a tese trata no momento.

cogitou.

Desse modo, para efeito de ilustração, diante da reserva legal qualificada ao direito de sigilo das comunicações telefônicas, não poderá o legislador ou o juiz conceber hipótese diversa das enumeradas na parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de ruptura de tal garantia. Isso não será admissível nem mesmo sob o pretexto de se efetuar uma ponderação entre valores constitucionais conflitantes em uma dada situação - justamente porque o constituinte, ao prever a reserva legal qualificada, já indicou que valor deve ser sopesado contra a liberdade de comunicação telefônica e em que circunstâncias se justifica a interferência. Com isso, afastou a possibilidade de ulteriores ponderações judiciais.

A ponderação judicial, no caso, ficou excluída desde antes mesmo de editada a lei prevista no dispositivo constitucional. Antes da regulamentação, a jurisprudência do STF não hesitava em exergar absoluta ilicitude na prova obtida por meio de escuta telefônica, independentemente de ter sido autorizada por juiz.<sup>722</sup>

Compare-se a situação da reserva legal qualificada relativa ao sigilo das comunicações telefônicas e a situação do sigilo de correspondência, por exemplo, referida no mesmo inciso do art. 5º. Sobre esta última garantia não incide a reserva de lei qualificada; na realidade, não incide nenhuma reserva de lei, o que permite que o aplicador do direito, na falta de regulamentação legal, se habilite a estabelecer as

---

<sup>721</sup> Gilmar Mendes. Curso de..., ob. cit., p. 296.

<sup>722</sup> Como exemplo dessa jurisprudência, veja-se o HC 75.007, rel. o Ministro Marco Aurélio, DJ 8.9.2000, em cuja ementa se lê: “(...) PROVA ILÍCITA - ESCUTA TELEFÔNICA - PRECEITO CONSTITUCIONAL - REGULAMENTAÇÃO. Não é auto-aplicável o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Exsurge ilícita a prova produzida em período anterior à regulamentação do dispositivo constitucional. PROVA ILÍCITA - CONTAMINAÇÃO. Decorrendo as demais provas do que levantado via prova ilícita, tem-se a contaminação daquelas, motivo pelo qual não subsistem. Precedente: Habeas-Corpus nº 69.912/RJ, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence perante o Pleno, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 25 de março de 1994”.

ponderações que estimar necessárias, cotejando os princípios atraídos por uma dada situação de fato. Sob essa perspectiva há de ser entendida a assertiva de que somente ante circunstâncias de marcado relevo a garantia constitucional do sigilo de correspondência poderia ser superada – premissa que embasou decisão monocrática no âmbito do STF.<sup>723</sup> Esse pressuposto foi dado como ocorrido, em precedente da 1ª Turma do STF, quando se reconheceu que “a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados”.<sup>724</sup>

Em casos de reserva legal qualificada, portanto, o constituinte realiza ele próprio a ponderação entre os valores que podem estar em conflito, sobejando ao legislador a depuração desse balanço. Não é dado ao juiz lançar-se a outras calibragens não consideradas pelo constituinte.

Ainda nessa linha, cabe acrescentar que o conhecimento de fatos por meios ilícitos, na medida em que chega a atrair a censura máxima da tipificação penal, não justifica nem mesmo que se torne objeto válido de outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa. Esse enfoque novamente será de relevo para fins de correta fundamentação de decisórios judiciais. Ante uma gravação de conversa telefônica obtida ilicitamente, não há o direito de publicá-la. Não se está diante de um caso de conflito entre direito de privacidade das comunicações

---

<sup>723</sup> Decisão do Ministro Marco Aurélio na Extr 718/RFA, DJ 26.5.1998. Nesse precedente, ante a fuga de extraditando, autoridade policial requerera do STF autorização para conhecer o teor de cartas dirigidas a um dos fugitivos. Na decisão se diz que a “inviabilidade em comento só está excepcionada na Carta da República em casos que pressupõem estar em questão a segurança da própria sociedade”.

telefônicas e direito do jornalista de publicar matéria que possa ser do interesse público a ser resolvido com recurso à ponderação. Simplesmente a situação de fato não se inclui no domínio normativo da liberdade de imprensa.<sup>725</sup>

Como se nota, há casos em que o próprio constituinte esgota as ponderações cabíveis e, ao proclamar um direito, o faz para efetivamente torná-lo um trunfo contra qualquer pretensão em contrário. A recusa em transformar em matéria jornalística lúdica fato descoberto a partir de escuta telefônica clandestina é disso exemplo, que não é avulso.

Em outro precedente, o STF também se recusou, categoricamente, a pôr em pratos de balança crítica uma prova ilícita e a satisfação de outros valores constitucionais, como o da repressão da criminalidade e o interesse da segurança pública. A ilicitude da prova obtida mediante violação da garantia do domicílio foi afirmada pelo STF como conseqüência insuscetível de ser superada pela invocação de valores tidos em casos concretos como sobrepujantes. O juízo de proporcionalidade está, aí, vedado ao juiz, porque a garantia da inviolabilidade foi elevada à condição de regra resultante de juízo de proporcionalidade realizado pelo próprio constituinte. Daí

---

<sup>724</sup> HC 70.814/SP, DJ 24.6.1994, rel. o Ministro Celso de Mello.

<sup>725</sup> Isso foi o que o Supremo Tribunal Federal decidiu na Pet. 2.702-RJ (DJ 19.9.2003, rel. o Ministro Sepúlveda Pertence), em que um político pretendente à presidência da República se insurgia contra iminente publicação, por um importante diário, de conversas telefônicas gravadas irregularmente por terceiros, que levaram a fita ao conhecimento do jornal. O relator enfatizou o que classificou, na causa, de “peculiaridade de extremo relevo de discutir-se no caso da divulgação jornalística de produto de interceptação ilícita - hoje, criminosa - de comunicação telefônica, que a Constituição protege independentemente do seu conteúdo e, conseqüentemente, do interesse público em seu conhecimento e da notoriedade ou do protagonismo político ou social dos interlocutores”. Sublinhe-se na decisão da corte este último trecho em que se repele de modo inequívoco a possibilidade de se elaborar uma deliberação à base de ponderação do interesse do político, cuja conversa fora captada, com o interesse público que a notícia acaso ostentasse. A decisão pode ser vista como a situar fora da extensão normativa da liberdade de expressão a pretensão de divulgar notícia obtida com o grave vício da ofensa à Carta da República.

ter o relator do HC 79.512<sup>726</sup> rejeitado que “à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, de determinados crimes”. A continuação do raciocínio concorda com a idéia de que certos preceitos constitucionais atuam como regras, insuscetíveis de ponderações. Disse, mais, o relator: “é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário, da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita”.

A existência de preceitos insuscetíveis de ponderação é ponto de teoria constitucional do qual os atores dos processos judiciais de constitucionalidade não podem descurar. Calha salientar, todavia, que apontar um direito como norma insuscetível de ponderação pode ser o próprio objeto de uma controvérsia, concentrando, para o demonstrar, os esforços argumentativos pertinentes. Aqui, mais uma vez, considerações de valores morais dominantes no momento histórico contribuem para a definição desses direitos-trunfos. No plano da nossa Constituição, além do caso aferido pelo STF, pode-se também considerar a proibição da tortura como norma-valor insuscetível de ponderação que afaste a sua plena regência de qualquer caso concreto. A proibição da tortura pode ser vista, então, como o núcleo essencial dos direitos à incolumidade física e ao respeito da dignidade humana.

A idéia de núcleo essencial de um direito não é isenta de controvérsia quanto ao seu significado exato e ao ponto de vista que deve ser adotado para precisá-lo. Há entendimento convergente, porém, no sentido de que o conceito está ordenado a

---

<sup>726</sup> HC 79.512, Plenário do STF, rel. o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 16.5.2003.

prevenir a neutralização de um direito fundamental por parte dos poderes constituídos. “O princípio da proteção do núcleo essencial – ensina Gilmar Ferreira Mendes – destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”.<sup>727</sup> Busca-se, ao apontar o conteúdo essencial de um direito, descobrir-lhe a extensão do domínio normativo que não cederia a outra pretensão constitucional concorrente sem desnaturar a identidade do próprio direito. Enfim, intenta-se indicar que aspecto do direito fundamental seria insuscetível de compressão, sobrepassando, desse modo, o plano das ponderações admissíveis.

O conceito é relevante para referência na fundamentação de decisões judiciais em que o juízo de ponderação parece ser convocado a atuar, já que, ante o conteúdo essencial de um direito fundamental, o aplicador haverá de se despojar da balança, pois cessará a possibilidade dos juízos de sopesamento.

Contende-se, na doutrina, a respeito do caráter desse núcleo essencial, armando-se a divergência em torno do ponto de vista a ser adotado para compreender o conceito. Há os que consideram que a proteção a que a norma visa oferecer deve ser referenciada a um sujeito concreto (teoria subjetiva), enquanto outros compreendem o núcleo essencial como a intangibilidade da garantia geral e abstrata (teoria objetiva).<sup>728</sup> Os que sustentam que cada direito fundamental deve ter delimitado, em abstrato, para todos os casos, um conjunto mínimo de pretensões intocáveis, cogitam de um conteúdo essencial absoluto. Outros advogam que somente ante situações particularizadas seria possível apontar o limite de atuação do direito fundamental.

---

<sup>727</sup> Gilmar Mendes. Curso de..., ob. cit., p. 306. Sobre a proteção do conteúdo essencial, veja-se, igualmente, Cristina Queiroz. Direitos Fundamentais..., ob. cit., pp. 211-216.

Esse limite seria, assim, insuscetível de definição prévia para todas as circunstâncias, dependendo, antes, do jogo de interesses constitucionais envolvidos em concreto. Estes doutrinadores lidam com o conceito de conteúdo essencial relativo.

As doutrinas objetiva e absoluta podem levar a resultados indesejados em casos concretos, justamente por desprezarem particularidades. Podem produzir conseqüências em que, para o indivíduo, o direito deixa de ter significância, embora do ponto de vista institucional se mantenha afirmado. A teoria relativa, de seu turno, pode baralhar significados numa desordem de apreciações *ad hoc*, esterilizando a função pré-orientadora dos direitos fundamentais.

A configuração do núcleo essencial como limite dos limites, barreira última à concretização dos direitos fundamentais, deve ter presente todas essas dimensões, de sorte que as funções institucionais e subjetivas dos direitos fundamentais, bem assim a necessidade de preservar o significado consensual de cada qual e a imperiosidade de se garantir real eficácia para seu titular sejam todos fatores a serem apreciados, quando estiver em questão a análise do respeito do legislador aos limites impostos pela natureza do próprio direito fundamental. Há que se operar com a compreensão pluridimensional dos direitos fundamentais. Se esta perspectiva é adotada, resume Gilmar Mendes, “e se reconhece que o direito fundamental tanto pode ser visto sob aspecto objetivo como subjetivo, então tem-se de admitir que as variantes de interpretação do referido princípio [princípio do núcleo essencial] não se haverão de fazer, necessariamente, num esquema de exclusão (ou – ou), mas num raciocínio de ampliação (tanto – quanto)”.<sup>729</sup>

---

<sup>728</sup> A propósito, Gilmar Mendes. Curso de..., ob. cit., p. 308 e Cristina Queiroz. Direitos Fundamentais, ob. cit., p. 213.

<sup>729</sup> Gilmar Mendes. Curso de ..., ob. cit., p. 308.

Essa aproximação do tema do conteúdo essencial dos direitos fundamentais assume interesse prático para o juiz constitucional no momento da fundamentação dos seus julgados, rasgando-lhe horizontes argumentativos importantes. Caracterizar uma pretensão como abstratamente acolhível como núcleo essencial de um direito torna despiciendo o exercício da ponderação com pretensões contrárias. Assim, para retornar ao exemplo prático imaginado anteriormente, imputar à norma que proscreeve a tortura a índole de núcleo essencial em abstrato e objetivo do princípio da incolumidade física ou da dignidade da pessoa humana impede, de antemão, o intento de se cotejar o direito de não ser torturado com interesses de segurança pública, bem como repele a técnica de isolar uma situação concreta do conjunto das demais em que a proibição da tortura teria incidência.

Veja-se, também, que a idéia da existência de um núcleo essencial a ser observado quando se conformam direitos norteou votos, no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do já mencionado HC 82. 959, na medida em que se proclamou que a vedação da progressividade no cumprimento da pena “atinge o próprio núcleo do princípio [constitucional] da individualização da pena”.<sup>730</sup> Em denso voto, o Ministro Gilmar Mendes advertiu que, se se permitisse ao legislador proibir em qualquer circunstância a progressão da pena, haveria manifesto descaso para com o conteúdo essencial do direito à pena individualizada, até mesmo sob o ponto de vista semântico dessa garantia constitucional.<sup>731</sup>

---

<sup>730</sup> Voto do Ministro Cezar Peluso, recolhido e enfatizado por Gilmar Mendes no seu Curso..., ob. cit., p. 310.

<sup>731</sup> O voto do Ministro Gilmar Mendes, indo além, ainda aprecia o problema sob o ponto de vista da proporcionalidade. Anotou que a fórmula abstrata da vedação à progressão em todo crime hediondo não vencia o teste da *necessidade* da medida para o combate da criminalidade, até porque, com relação à tortura, um dos crimes classificados como

Em outros casos, a composição majoritária do STF resistiu ao argumento de que certa pretensão pudesse ser acomodada na categoria do conteúdo essencial de um direito invocado. No HC 82.424<sup>732</sup>, o “caso Ellwanger”, o tribunal recusou que a liberdade de expressão abrigasse, e como seu núcleo essencial, o direito a se manifestar por meio do que se convencionou chamar de *discurso de ódio*. Por isso, procedeu à descoberta dos limites do direito de se expressar, cotejando a finalidade dessa liberdade com outras salvaguardas da Constituição Federal, relacionadas com o princípio da dignidade da pessoa, num exercício de proporcionalidade.

Importa reter, para efeitos de interesse argumentativo na atividade de ponderação, que o conceito de conteúdo essencial do direito desempenha função relevante para a fundamentação de construções constitucionais. Modelam-se, com o auxílio desse conceito, estruturas argumentativas adequadas para casos diversos de feito constitucional.

A idéia do conteúdo essencial de um direito fundamental está, ainda, ligada à compreensão de que o próprio constituinte define, por vezes, o âmbito normativo do direito, estabelecendo ele mesmo as ponderações acaso pertinentes para a caracterização do preceito constitucional.

A ponderação pode ocorrer também, é claro, como resultado de deliberação do legislador ordinário ou do aplicador do direito. Explica Gomes Canotilho que “este juízo de ponderação e esta valoração de prevalência tanto podem efetuar-se logo a nível legislativo (...) como no momento da elaboração de uma norma de decisão para o caso concreto (ex.: o juiz adia a discussão de julgamento perante as informações

---

hediondos, a lei expressamente admitiu a progressão no regime de cumprimento da pena. A limitação sucumbia, portanto, ao teste do princípio da proporcionalidade.

<sup>732</sup> DJ 19.3.2004.

médicas da iminência de enfarte na pessoa do acusado)”.<sup>733</sup>

Se a ponderação é deixada ao descortino do legislador – como em casos de reserva legal –, ainda assim é possível a atividade de controle pelo Judiciário, com vistas a apurar a proporcionalidade da medida adotada pela lei. Aqui se está no domínio típico do controle de constitucionalidade de leis à base de uma estimativa sobre a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da restrição ao direito fundamental operada pela lei.

Parece útil, neste passo, distinguir algumas situações que atraem peculiaridades argumentativas de mais saliente relevo.

### **Ponderação, eficácia mínima dos direitos fundamentais e proibição de retrocesso**

Ao criticar a opção valorativa feita pelo legislador, num contexto ponderativo, o juiz ganha em força argumentativa se se premunir de concepções desenvolvidas no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, aptas para orientar soluções que, de outra forma, poderiam ter o seu vigor discursivo rebaixado.

Uma dessas noções é a do grau mínimo de eficácia dos direitos fundamentais, correlata à da proibição de retrocesso, relevantes ambas para se motivar apropriadamente a crítica judicial de ponderações desenvolvidas pelo legislador, quando este assume a tarefa de conciliar direitos fundamentais a prestação com outros valores constitucionais.

Neste tópico, convém ressaltar a percepção corrente de que a maioria dos direitos fundamentais a prestação, quer por força do modo como enunciados na

---

<sup>733</sup> Canotilho. Direito Constitucional..., ob. cit., p. 1.141.

Constituição, quer em virtude das peculiaridades do seu objeto, depende de desenvolvimento legislativo para surtir plenos efeitos.

Os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo conjunturas financeiras, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à *reserva do possível*. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permita a afluência de recursos materiais na sociedade.

A escassez de recursos econômicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema econômico e social do país. Os direitos em comento têm a ver com redistribuição de riquezas – matéria suscetível às influências do quadro político de cada instante. A exigência de satisfação desses direitos é mediada pela ponderação, a cargo do legislador, dos interesses envolvidos, observado o grau de desenvolvimento da sociedade a cada instante.<sup>734</sup>

Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de distribuição de recursos, decisões a esse respeito devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social. Essa legitimação popular é tanto mais importante, uma vez que a realização dos direitos sociais implica, necessariamente, estabelecer relações de precedência entre bens jurídicos, instituindo prioridades entre pretensões que não podem ser todas satisfeitas num mesmo instante. A efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população, por meio de decisões que cobram procedimento democrático para serem legitimamente formadas – tudo a

apontar o Parlamento como a sede precípua dessas deliberações e, em segundo lugar, a Administração.<sup>735</sup>

A satisfação desses direitos é, pois, deixada, no regime democrático-representativo, primacialmente, ao descortino do legislador. No caso dos direitos a prestações materiais, da mesma maneira que acontece com os direitos a prestação jurídica, o legislador frui de distendida margem de apreciação. A definição do modo e da extensão como se protegerá o direito de acesso à cultura ou o estímulo ao lazer, ou ainda, como se dará a regulação do direito dos trabalhadores de participação nos lucros das empresas (direito a prestação jurídica), tudo isso recai na esfera da liberdade de conformação do legislador.

A regulação desses direitos, na maior parte das vezes, não se acha determinada pelo constituinte de forma tal que possa ser considerada como ação legislativa essencialmente vinculada.<sup>736</sup> O legislador há de dispor de uma “ampla liberdade de conformação quer quanto às soluções normativas concretas quer quanto ao modo organizatório e ritmo de concretização”.<sup>737</sup> Salienta Vieira de Andrade que “o legislador (...) estabelece autonomamente a forma e a medida em que concretiza as imposições constitucionais respectivas”.<sup>738</sup>

Essas contribuições da doutrina são importantes na medida em que demonstram que, na ponderação envolvendo direitos fundamentais de prestação, haverá de se reconhecer peso reforçado para a avaliação das circunstâncias de fato

---

<sup>734</sup> Veja-se, a propósito do tema, Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 261.

<sup>735</sup> A propósito, Böckenförde. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 77.

<sup>736</sup> Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2001, p. 202.

<sup>737</sup> Canotilho, Direito Constitucional..., ob. cit., p. 440.

exercida pelo legislador. As escolhas feitas pelo legislador para concretizar esses direitos a prestação não são indenés à revisão judicial, mas a crítica arcará com mais árduo ônus argumentativo.

Não obstante a distribuição do ônus argumentativo, nesses casos, favorecer a opção legislativa, algumas balizas a que o legislador deve-se ater revelam-se fatores úteis para se averiguar, num crivo de proporcionalidade, a legitimidade das escolhas havidas.

Se é aceito que a atividade de conformação legislativa dos direitos sociais submete-se à reserva do possível, essa mesma cláusula tem o seu significado ligado a um juízo sobre o que é dado ao cidadão esperar da sociedade, atividade que se expressa também como um juízo de ponderação. Daí Cristina Queiroz, referindo-se à reserva do possível, dizer que “essa cláusula expressa unicamente a necessidade da sua ponderação”.<sup>739</sup>

A reserva do possível, entendida como dependência da satisfação de um direito à “sua cobertura orçamentária e financeira – sustenta Cristiana Queiroz –, não exclui a garantia de um mínimo social, (...) garantia que decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana como valor constitucional supremo”.<sup>740</sup>

Dessa forma, a satisfação de uma pretensão a prestação por parte do Estado não pode ser tida como irremediavelmente obstada por argumentos de falta de recursos orçamentários. Além de a objeção necessitar de ser cumpridamente demonstrada, os princípios orçamentários hão de ser cotejados com esse outro

---

<sup>738</sup> Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, ob. cit., p. 249.

<sup>739</sup> Cristina Queiroz. *Direitos fundamentais...*, ob. cit., p. 103. A autora prossegue: “Konrad Hesse fala, a este propósito, de uma obrigação positiva de fazer tudo para a realização dos direitos fundamentais, ainda quando não exista a esse respeito nenhum direito subjetivo por parte dos cidadãos”.

princípio decorrente do sistema constitucional – o do atendimento necessário, num grau mínimo, dos direitos sociais.

Assim, se não se põe em dúvida a reduzida capacidade de o Estado prestar os tantos direitos sociais prometidos constitucionalmente, por outro lado, esta circunstância, por si só, não é apta para autorizar toda e qualquer deliberação legislativa que importe degradação no nível das prestações decorrentes do sistema constitucional.

Aqui, mais uma vez, tem espaço o juízo de ponderação, desempenhável pela jurisdição constitucional e imposto pelo princípio da eficácia mínima dos direitos fundamentais, adversário de uma suposta liberdade ilimitada do legislador no sopesamento entre um direito a prestação e os ônus sociais implicados.

Há que se considerar que o retrocesso social gerado pela deliberação legislativa de reduzir o nível de prestações a cargo do Estado não pode descer a patamar inferior ao mínimo desvendado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Há que se ter presente, para se trabalhar em concreto com este último princípio, não somente o conceito de garantia mínima existencial, mas, igualmente, a imposição de atendimento de legítimas expectativas dos cidadãos e de respeito a situações consolidadas.

Nessa medida – e, portanto, nunca como uma postulação absoluta –, mostra-se pertinente falar em um princípio de veto a retrocesso.<sup>741</sup>

---

<sup>740</sup> id., pp. 150-151.

<sup>741</sup> Com efeito, é de ser acolhida a oposição de Ingo Wolfgang Sarlet a uma proibição absoluta de retrocesso, “mormente em face da dinâmica do processo social e da indispensável flexibilidade das normas vigentes, de modo especial com vistas à manutenção da capacidade de reação às mudanças na esfera social e econômica”. SARLET, Ingo Wolfgang. “O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade”. Revista

Cabe, decerto, sustentar como operante no nosso sistema constitucional uma “proibição relativa de retrocesso”.<sup>742</sup>

Essa proibição relativa demanda indeclináveis exercícios de ponderação. Sendo uma proibição que vai além do veto a medidas indispensáveis no grau mais elementar à garantia da existência física, deve ter o seu conteúdo determinado em cada caso, pelo cotejo das expectativas que se podem ter como legítimas nas circunstâncias com os encargos materiais que acarretam e os ônus que acaso imponham a outros direitos de natureza também constitucional. Há que se concordar com Ingo Sarlet, quando sustenta que:

“Também a ação erosiva do legislador que tenha por objetivo a implementação de ajustes e cortes no âmbito do sistema infraconstitucional de prestações sociais deve levar em conta as exigências do princípio da proporcionalidade (...). Não se poderá abdicar jamais da tarefa de realizar uma cuidadosa ponderação de todas as circunstâncias, de modo especial entre o valor dos direitos dos particulares a determinado grau de segurança social e os reclamos do interesse da coletividade”.<sup>743</sup>

A perspectiva da proibição de retrocesso, que conduz a ponderações inelimináveis, à luz de contingências fáticas, entre princípios funcionais e expectativas de prestações, abre novos horizontes a problemas aptos para suscitar marcada atenção da sociedade.

Considerada a proibição de retrocesso como solicitação ao sopesamento entre

---

Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 1º de abril de 2008.

<sup>742</sup> É constitucionalmente adequado convir na existência de uma vedação – nas palavras de Ingo Sarlet – “pelo menos relativa de retrocesso na esfera do sistema vigente de prestações sociais, que, em última análise, representa a concretização no plano da legislação infraconstitucional do princípio do Estado social de Direito e/ou dos direitos fundamentais

expectativas solidificadas e interesses que o governo sente-se impelido a perseguir, as controvérsias se beneficiam em arejamento de perspectivas. A estreiteza a que se acanhou o conceito de direito adquirido entre nós, por exemplo, ganha remédio no recurso às virtualidades argumentativas da proibição de retrocesso sob a ótica aqui acolhida. Casos polêmicos julgados recentemente no STF poderiam seguir variantes discursivas transcendentais da jurisprudência trivial em torno dos angustiosos limites construídos para o conceito de direito adquirido. A visão jurídica se avanta com o apelo ao método da ponderação, ao qual o julgador é arrastado pelo princípio da proibição do retrocesso.

Tome-se, como exemplo disso, o acórdão na ADI 3.128,<sup>744</sup> em que se debateu a legitimidade constitucional de norma inserida na Carta da República, franqueando a cobrança de contribuição previdenciária sobre a aposentadoria de servidor público. Estava sob ataque emenda que, sem prever cláusula de transição, ensejou descontos que poderiam chegar a 12% dos rendimentos dos servidores inativos, que até ali não se submetiam a nenhuma redução do total dos seus proventos, senão no que diz com o imposto de renda. A exação surgira, ademais, num quadro de disputas políticas, em que tantas vezes os aposentados lograram, no cenário do legislativo e também no plano judiciário, livrar-se da imposição. A inicial da ação direta de inconstitucionalidade concentrou esforços em apontar que a contribuição feria direito adquirido dos aposentados, sem explorar outras vias de raciocínio propiciadas pela proibição do retrocesso. A decisão que prevaleceu na Corte tampouco se deteve nessa variante e se contentou com afirmar que não havia, antes da Emenda Constitucional

---

sociais consagrados na Constituição.” Ingo Wolfgang Sarlet. “O Estado social...”, ob. cit., p. 17.

<sup>743</sup> Ingo Sarlet. “O Estado social...”, ob. cit., p. 19.

desafiada na ação direta, norma que imunizasse os aposentados da contribuição, não se podendo, assim, cogitar de direito adquirido.<sup>745</sup> O argumento da proibição de retrocesso, na medida em que reforça posições enraizadas no postulado da segurança jurídica – outro direito fundamental –, poderia ter produzido uma disposição de raciocínio diversa, com certeza que mais enriquecedora para a fundamentação do juízo de legitimidade da medida tão debatida à época.

O fato é que, no que tange à concretização de direitos a prestação, é correto entender que se trata de tarefa dependente de ponderação entre princípios constitucionais diversos, entregue ao legislador, por força do princípio democrático-representativo e da própria natureza desses direitos, nem sempre formatados para gerar imediatamente direitos subjetivos. Mesmo assim, a omissão do legislador ou a sua atuação positiva acaso excessiva não se alteiam por sobre o domínio próprio da fiscalização judicial de constitucionalidade.

Vale o registro de que não se detecta na jurisprudência do STF um tratamento homogêneo e explícito do problema da ponderação envolvendo direitos sociais. Dois acórdãos, sugestivos do modo como o tema vem sendo enfrentado, podem ser trazidos a cotejo neste passo.

No primeiro deles, a Segunda Turma do STF, em fevereiro de 2003, deferiu pedido de suspensão de efeitos de decisório pendente de recurso extraordinário já

---

<sup>744</sup> DJ 18-02-2005.

<sup>745</sup> A propósito, disse o Tribunal: “No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento”.

então admitido. Tratava-se de pretensão audaciosa, acolhida na origem, para que, em trinta dias, o Município do Rio de Janeiro garantisse a gratuidade de creches a toda a população e para que fossem construídos estabelecimentos desse tipo, no prazo de um ano, em oito populosos bairros, de sorte a que 100% da demanda fosse atendida. No Supremo Tribunal, evidenciou-se o pressuposto do *periculum in mora* no prazo fixado na decisão passível de execução imediata. Quanto ao tema de fundo, sucintamente o Tribunal aludiu ao princípio da separação de poderes, que seria obstáculo a que o juiz determinasse medidas de governo ao executivo, e ao disposto no art. 167 da Constituição.<sup>746</sup> Não se procedeu a um balanço do direito à prestação em apreço com a reserva do possível, nem se analisou o peso do direito à creche em face do princípio formal da competência dos ramos políticos do poder para as decisões de gastos públicos.

Terão influído no modo de solução do problema os termos como a questão foi travejada nas instâncias ordinárias. Para que a ponderação seja tida como útil, há que se municiar a causa com elementos que revelem o abuso na inação dos poderes públicos, que se pretende suprir judicialmente. Não basta a caracterização do atendimento deficiente a uma obrigação de o Estado prestar algo – cumpre, mais, até em face da presunção que favorece as escolhas políticas tomadas pelos representantes do povo, que se apontem razões, também de índole financeira, capazes de abalar a força argumentativa da *reserva do possível orçamentário*.

O acórdão do STF é revelador de uma propensão para a recusa de impor

---

<sup>746</sup> Pet QO 2.836, DJ 14.3.2003. Toda a fundamentação relevante consistiu neste parágrafo: “Bem escreveu o ilustre Desembargador Pestana de Aguiar ao admitir o RE, ‘a decisão aparentemente viola o art. 2º da C.F.’. Ademais, as despesas públicas dependem da autorização orçamentária (C.F., art. 167). Estaria havendo, no caso, pelo menos ao primeiro exame, ofensa a essa norma constitucional”.

obrigação de fazer, tangente do domínio das decisões políticas, se são apresentados argumentos que se louvam unicamente na insatisfação de pretensões decorrentes de direitos sociais. Mostra a importância de se insuflar a causa com argumentos mais aprofundados em torno dos vários aspectos que devem ser ponderados nessas complexas questões.

O segundo acórdão a ser considerado<sup>747</sup> foi julgado apenas dois anos depois do primeiro, pela mesma Turma do STF, desta vez adotando-se uma perspectiva diferente. Discutia-se, em comum com o outro caso, pedido deduzido em ação civil pública, no sentido de se implementarem medidas, com evidentes repercussões financeiras, de amplo acesso de crianças a creches custeadas por Município. No julgado, contudo, toda a ênfase foi posta na fundamentalidade do direito à creche e no impacto que a obrigação para o poder público decorrente desse direito social opera sobre a margem de escolha de políticas públicas das autoridades competentes. Alinharam-se conceitos jurídicos afinados com a moderna doutrina sobre o direito à educação e apenas em rápidos trechos foi mencionada a restrição ao pleno contentamento desse direito advinda da reserva do possível orçamentário.

O voto condutor reconheceu que “a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”.

---

<sup>747</sup> RE AgR 410.715, julgado em 22 de novembro de 2006, DJ 3.2.2006.

O voto, de novo apoiado em substanciosa doutrina, enfatizou que “a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais”.

Até aqui foram arquitetadas premissas que, tomadas em si mesmas, não atraem controvérsia no que tange às concepções dominantes da teoria dos direitos fundamentais. Não se controverte que a prestação ligada ao direito à educação constitui um direito fundamental de importância social ímpar. Da mesma forma, não se pode tomar a cláusula do financeiramente possível como um trunfo inanimado de substância própria, capaz de neutralizar qualquer pretensão extraída de um direito social. O problema está em que o acórdão não transpareceu ser esta a situação do caso. O acórdão não provocaria objeção se sustentasse que o ônus da demonstração da impossibilidade financeira recai sobretudo sobre quem se incumbe do dever constitucional de prestar um serviço. O acórdão, entretanto, não indigitou nenhum elemento de fato que permitisse concluir que a invocação da reserva do possível fora lançada nos autos desprovida de todo o lastro. Apoiou-se, apenas, em precedente da outra Turma da Corte, em que se disse que o Estado “deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa”. Nessa medida, parece haver descartado, como desimportante, a falta, em si, de recursos financeiros para enfrentar as despesas inerentes à prestação material fundamental.

Se é possível afirmar que o primeiro acórdão referido (Pet QO 2.836), no que diz com o problema da conciliação entre limitações orçamentárias e satisfação de direitos sociais, resente-se de uma visão unilateral, que distingue apenas o aspecto do princípio formal da separação de poderes no que tange a decisões orçamentárias, já

neste último precedente, esse mesmo princípio tem a sua força obscurecida para além do que seria de se esperar. Na realidade, nos dois casos, produzindo consequências opostas, o reparo cabível está na adesão a um dos pólos argumentativos relevantes sem o necessário confronto, substancialmente fundamentado, entre ambos. Trata-se aqui de uma hipótese em que a ponderação era indispensável entre as variantes constitucionais de enfrentamento da questão relativa à concretização do direito fundamental a creche.

Em ambos os acórdãos, o problema da ponderação indispensável parece estar relegado. Na realidade, a cláusula da reserva do possível deve antes atrair do que excluir o juízo de ponderação no plano da análise do cumprimento de deveres constitucionais de prestação do Estado, a que se atém parte alentada dos problemas de efetivação dos direitos sociais.

De toda sorte, convém ressaltar que, em matéria de federalismo, registram-se precedentes do STF em que o confronto do dever de prestar pelo Estado com condicionantes de possibilidades materiais e fáticas é versado clara e fundamentadamente como questão de ponderação entre valores constitucionais.

Na IF 2.915,<sup>748</sup> cuidou-se de apurar se o não-pagamento de precatórios por parte do Estado de São Paulo ensejava o atendimento de pedido de intervenção federal, mesmo diante do argumento de impossibilidade financeira para satisfazer a pretensão. O voto condutor do acórdão, que se formou por maioria, enxergou o método da proporcionalidade como o indicado para a solução da controvérsia. Ressaltou que “as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre

---

<sup>748</sup> DJ 28.11.2003, rel. para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes.

normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nesta última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais”.

A seguir, o voto caracterizou o problema posto a julgamento como caso a ser dirimido por meio da ponderação e adiantou os elementos a serem sopesados, que compõem “o contexto factual e normativo em que se insere a discussão”. Acrescentou que “não podem ser desconsideradas as limitações econômicas que condicionam a atuação do Estado quanto ao cumprimento das ordens judiciais que fundamentam o pedido de intervenção”. Aludiu aos números trazidos pelo Estado-membro para retratar o quadro de expectativas orçamentárias, tanto no ponto das receitas como na outra extremidade da equação, no pólo das despesas constitucionalmente impostas ao poder público. Deu por provado que o saldo obtido era aplicado no pagamento de precatórios, equivalendo a 2% das receitas líquidas. Revelou a importância do tratamento da questão, não apenas sob o ângulo estritamente baseado em argumentos jurídicos, mas também louvado em considerações de possibilidades econômicas e matemáticas. Focou, afinal, os termos da ponderação requerida, apontando que “não se pode exigir o pagamento da totalidade dos precatórios relativos a créditos alimentares sem que, em contrapartida, se estabeleça uma análise sobre se tal pagamento encontra respaldo nos limites financeiros de um Estado zeloso com suas obrigações constitucionais”.

Em outro momento, o voto do relator para o acórdão, Ministro Gilmar Mendes, agitou ponto essencial para que se desenvolva adequadamente o juízo de

proporcionalidade, ao assinalar “a real necessidade de que os órgãos judicantes, ao julgarem questões intrincadas, analisem com a maior amplitude possível informações e dados concretos para obterem uma interpretação precisa”. É a essa tarefa que o voto se dedicou nas páginas seguintes, para, afinal, convencido da impossibilidade material de cumprimento de precatórios de índole alimentar em nível superior ao que o Estado já vinha observando, tomar, segundo um juízo de proporcionalidade, a intervenção postulada como inconsistente com o teste da adequação, já que “as disponibilidades financeiras do regime de intervenção não serão muito diferentes das condições atuais”. No aspecto do teste da necessidade, tampouco a medida extrema se legitimaria, uma vez que “manter a condução da Administração estadual sob o comando de um Governador democraticamente eleito, com a ressalva de que esteja o mesmo atuando com boa-fé e com o inequívoco propósito de superar o quadro de inadimplência, é inegavelmente medida menos gravosa que a ruptura na condução administrativa do Estado”. Por último, no que respeita à proporcionalidade em sentido estrito, i.é, à ponderação entre bens e valores constitucionais em atrito, explicitou:

“Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja o adimplemento de obrigações de natureza alimentícia, e o ônus imposto ao atingido que, no caso, não é apenas o Estado, mas também a própria sociedade. Não se contesta, por certo, a especial relevância conferida pelo constituinte aos créditos de natureza alimentícia. Todavia, é inegável que há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de uma intervenção pautada por um objetivo de aplicação literal e irrestrita das normas que determinam o pagamento imediato daqueles créditos. (...) Estão claros, no caso, os princípios constitucionais em situação de confronto. De um lado, em favor da intervenção, a proteção constitucional às decisões judiciais, e de modo indireto, a posição subjetiva de particulares

calcada no direito de precedência dos créditos de natureza alimentícia. De outro lado, a posição do Estado, no sentido de ver preservada sua prerrogativa constitucional mais elementar, qual seja a sua autonomia, e, de modo indireto, o interesse, não limitado ao ente federativo, de não se ver prejudicada a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais, como educação e saúde”.

Em arremate ajustado ao que se aguarda de formulações alicerçadas no método da proporcionalidade, o voto concluiu que, dadas as circunstâncias, recomendava-se “a precedência condicionada do princípio da autonomia do Estado”. Como típico nos resultados de juízos de proporcionalidade, a regra equivalente à máxima de julgamento obtida – se se preferir, a “norma do caso concreto” – tem valia restrita aos casos que replicam as particularidades da espécie decidida. O voto do Ministro Gilmar Mendes o pôs em realce, ao advertir:

“Desse modo, enquanto o Estado de São Paulo se mantiver diligente na busca de soluções para o cumprimento integral dos precatórios judiciais, não estarão presentes os pressupostos para a intervenção federal ora solicitada. Em sentido inverso, o Estado que assim não proceda estará sim, ilegitimamente, descumprindo decisão judicial, atitude esta que não encontra amparo na Constituição Federal.”

A proporcionalidade não é, pois, de serventia restrita ao exame da exatidão do sopesamento dos bens constitucionais em conflito realizado pelo legislador. O juízo de ponderação permite que o julgador, ele próprio, dirima um conflito que ainda não recebeu disciplina legal. É isso o que ocorre também, com viva nitidez, nos problemas de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O método da ponderação presta auxílio vital para destramar inquietantes contendas que o assunto motiva.

### **Ponderação e incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares**

O tema da *drittwirkung*, produto jurídico de exportação alemã, vem sendo recebido no pensamento jurídico de diversos países, como Espanha, Portugal, Irlanda, Itália, Bélgica, Holanda, Áustria, Suíça e até o Japão, conforme noticia Ingo von Münch.<sup>749</sup> Em língua portuguesa, tem sido também objeto de crescente interesse doutrinário.<sup>750</sup>

A aceitação da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares provoca alguma perplexidade, já a partir dos motivos históricos que engendraram esses direitos, dispostos em oposição ao poder do Estado. A percepção de que no âmbito das relações interpessoais, desenvolvidas sem a presença do Poder Público, não raro se nota um sério desequilíbrio em termos de domínio social, econômico ou político das partes, flagrou a evidência de que, muitas vezes, a liberdade de agir de uma das partes não se alça além do plano da mera aparência. As razões que conduziram, historicamente, à proclamação dos direitos fundamentais foram vistas, então, como justificativas hábeis para que esses direitos básicos fossem

---

<sup>749</sup> Pablo Coderch (coord.), *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomia Privada*. Madrid, Civitas, 1997, pp. 30-31.

<sup>750</sup> A propósito, um dos estudos seminais no Brasil em torno do tema de Gilmar Ferreira Mendes, que veio a ser coletado na obra do mesmo autor *Direitos fundamentais...*, ob. cit., pp. 211-232. Da mesma forma, Ingo Wolfgang Sarlet. “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, in Ingo Wolfgang Sarlet (ed.) *A Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, pp. 107-163. Ingo Wolfgang Sarlet (org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. Thiago Luís Santos Sombra. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. Daniel Sarmiento. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. José João Nunes Abrantes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 1990, entre vários outros.

também invocados contra particulares.<sup>751</sup>

O discernimento de que os direitos fundamentais não poderiam ficar confinados no âmbito das relações dos poderes públicos com os particulares recebeu decisiva elaboração técnica com a descoberta da *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais. Desvendou-se nestes direitos o sopro de valores de elevada relevância, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade. O discurso majoritário aderiu, então, à idéia de que “as normas sobre direitos fundamentais apresentam, ínsitas a elas mesmas, um comando de proteção, que obriga o Estado a impedir que tais direitos sejam vulnerados também nas relações privadas”.<sup>752</sup>

O postulado da máxima efetividade dos direitos fundamentais concorre para a aceitação desse discurso e o debate se desenrola, agora, em torno da investigação dos direitos fundamentais que podem ter incidência sobre as relações entre particulares e em que medida isso pode acontecer. Há de presidir tal exame o cotejo, em cada caso, do que reclamam os direitos fundamentais com as exigências do princípio da autonomia privada – princípio que se compreende no contexto da autodeterminação do indivíduo, fonte da sua responsabilidade social e jurídica e elemento informador da noção de dignidade humana.

Os problemas relacionados com a incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares não se resolvem sem o socorro do juízo de

---

<sup>751</sup> A propósito, Jean Rivero chega a dizer que “escapar da arbitrariedade do Estado para cair sob a dominação dos poderes privados seria apenas mudar de servidão”. Jean Rivero “Finalidades y limites de la proteccion de los derechos fundamentales – a modo de síntesis”. Louis Favoreu e outros. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales. Madri, CEC, 1984, p. 673.

<sup>752</sup> Ferrer i Riba e Salvador Coderch, **in** *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomia Privada*, cit., p. 94.

proporcionalidade – e, portanto, de ponderação –, quer se entenda que esses direitos incidem diretamente nos vínculos entre sujeitos não-estatais, quer se advogue que devem aflorar por meios de *pontos de irrupção*, propiciados pelas cláusulas gerais (ordem pública, bons costumes, boa fé, etc) inseridas nas normas do direito privado ou favorecidos pela interpretação das demais regras desse ramo do ordenamento jurídico.

A necessidade do juízo de ponderação para resolver dúvida sobre a incidência de direitos fundamentais em relações de direito privado é enfatizada por Ingo Sarlet, que, nessas hipóteses, enxerga “inequivocamente a necessidade – em face de conflito entre a autonomia privada (e liberdade contratual) e outros direitos fundamentais de diversos titulares – de uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto e que, de modo geral, deverá ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão (conflito) entre direitos fundamentais de diversos titulares. A meta posta – prossegue o jurista – é a de buscar-se sempre uma solução embasada na ponderação dos valores em pauta, norteada pela busca do equilíbrio e concordância prática”.<sup>753</sup>

Não são muitas as decisões do STF nesse tema, que se mostra, contudo, propenso a gerar rica jurisprudência. Dois dos mais recentes e expressivos julgados nessa área envolvem direito de sócio expulso a opor o direito de ampla defesa à entidade privada a que pertencia o direito de ampla defesa.<sup>754</sup> No mais densamente fundamentado deles, RE 201.819, o acórdão deteve-se em doutrina que recomenda o tratamento da matéria sob o ângulo da proporcionalidade. Apurou-se que as consequências danosas para o indivíduo excluído, sem defesa, da entidade eram de

---

<sup>753</sup> Ingo Sarlet. “Direitos fundamentais e direitos privados...”, ob. cit., p. 159.

<sup>754</sup> ADI 2.054, DJ 17.10.2003, rel. para o acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence e RE 201.819, DJ 27.10.2006, rel. para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes.

importância decisiva para a vida profissional do associado e sobrepassavam o interesse da mesma entidade de autonomamente decidir sobre o seu corpo social. Decerto que se efetuou, nesse raciocínio, um típico juízo de ponderação.

### **Ponderação e igualdade**

O raciocínio por meio de sopesamento assume importância ímpar, quando se trata de examinar arguições de ofensa ao postulado da igualdade. A justificativa para se entender rompido ou preservado o princípio da isonomia calca-se em análise sobre a proporcionalidade da medida diferenciadora, englobando o contrapeso dos valores confrontantes.

O método da ponderação revela-se crucial para a solução de problemas relacionados com a igualdade.

Dado o relevo ímpar da igualdade para a estrutura do Estado democrático, torna-se imperioso, ao término deste capítulo sobre a fundamentação do juízo de sopesamento, que se discorra sobre a argumentação à base da ponderação nos casos em que o princípio da isonomia é chamado a atuar. Cabe a advertência de que, se se mostra imprescindível revisitar algumas noções elementares que enformam o princípio da isonomia, não se ambiciona explorar em profundidade os múltiplos aspectos em que se decompõe o tema – por si ensejadores de teses autônomas. Este trabalho se basta com a referência, mesmo que perfunctória, aos elementos mais freqüentemente ressaltados para se fundamentar uma apreciação, segundo as exigências da proporcionalidade, de atos que tensionam o princípio da igualdade.

A postulação da igualdade tem por premissa o reconhecimento de que todas as pessoas devem ser tratadas como sujeitos de direito, daí se deduzindo a primeira

consequência de que a lei deve alcançar a todos os que se inserem no seu âmbito normativo, não convivendo com setores privilegiados, incoercíveis por normas jurídicas. O primeiro ângulo da igualdade aponta, assim, para o que se convencionou denominar *igualdade perante a lei*, expressão que termina por descobrir a generalidade e a abstração como atributos ínsitos às leis.

É ocioso aduzir que a igualdade perante a lei não exaure todo o núcleo de pretensão de justiça imbuído na idéia de igualdade. Se a lei é aplicável a todos, deve também ser aplicada de modo equânime a todos, além de não lhe ser alheia a meta de propiciar uma igualdade de fato entre os indivíduos.

Esses desdobramentos agregaram adjetivos para a *igualdade*, que lhe realçam perspectivas essenciais. Originam-se daí pares conceituais como *igualdade formal* e *igualdade substancial*, bem como *igualdade perante a lei* e *igualdade na aplicação da lei*. Esses conceitos não se despregam um do outro, embora sugiram conflitos em alguns encontros normativos.

O princípio da igualdade formal proclama que todos são criados iguais e merecem igual tratamento, atribuindo a todas as pessoas o mesmo valor perante a lei, independentemente do seus rasgos peculiares ou da sua condição social. Essa vertente do princípio isonômico se liga originalmente aos desafios assumidos pelo Estado liberal de abolição de privilégios injustificados e continua a ter fundamental importância no Estado democrático de direito.

O princípio da igualdade, visto sob o ponto de vista formal, atua como barreira à arbitrariedade. A arbitrariedade, entendida como diferenciação de tratamento injusta, absorve no seu conceito a sua expressão mais repulsiva, a discriminação. Entende-se por discriminação a negativa de direitos e posições a alguém, pelo só fato de pertencer a um conjunto de indivíduos portadores de uma determinada

característica inata ou ligados por determinadas características culturais, que os estigmatiza socialmente.<sup>755</sup>

Ao princípio da igualdade, sob o aspecto formal, repugna o tratamento arbitrário e, evidentemente, o tratamento discriminatório.

Sob a sua vertente formal, o princípio da igualdade serve à repressão de atos impróprios, mas não chega a inspirar ações a serem tomadas para aplacar disparidades sociais. Nesse sentido é que se diz que se trata de um princípio negativo. Ele desqualifica o tratamento desigual pela lei, mas não propugna pela adoção de um determinado comportamento concreto, material, útil para a reversão de situações de desnível no gozo efetivo de bens e direitos.

O princípio da igualdade exige que a lei trate os indivíduos como iguais e que a aplicação da mesma lei seja feita de modo também equânime (igualdade na lei e na aplicação da lei). A exigência da igualdade é, portanto, dirigida ao legislador e ao aplicador.

Toda lei distingue situações e atribui-lhes conseqüências jurídicas incoincidentes. A igualdade, portanto, enquanto princípio de direito acolhido na Constituição, não há de significar parificação absoluta. Se instituir distinções é inevitável, a igualdade na lei deve ser entendida como a exprimir veto a diferenciações arbitrárias. Disso dá conta Martim de Albuquerque, ao resumir a inteligência da doutrina e da jurisprudência, dizendo que "a cláusula jurídico-constitucional geral da igualdade vale como proibição de regulamentações

---

<sup>755</sup> Veja-se, a propósito, Ramón Martínez Tapia. *Igualdade y Razoanabilidad en la Justicia Constitucional Española*, Almería: Universidade de Almería, 2000, p. 52.

infundamentadas, desrazoáveis ou arbitrárias"<sup>756</sup>.

Portanto, não basta que se estabeleça uma diferença entre sujeitos de direito para que se consuma a quebra da isonomia. A irregularidade depende do despropósito do discrimine. Já aí se vê que o exame do respeito ao princípio da igualdade conduz a um exame de proporcionalidade. Os juízos de compatibilidade de medidas com o princípio da isonomia são juízos de proporcionalidade, atraindo as advertências de ordem argumentativa a que estes estão jungidos, como requisito mesmo de legitimidade da ação jurisdicional.

O problema da quebra da isonomia sob o seu aspecto formal se situa, então, em saber em que casos a diferenciação adotada pelo legislador é arbitrária. Ela o será sempre que não atender ao resultado de um juízo de ponderação entre a finalidade perseguida com a providência diferenciadora e o pressuposto de que todos devem, em princípio, receber o mesmo tratamento da lei e do aplicador da lei.

O princípio da isonomia não possui densidade normativa própria, exprime, antes, uma noção relacional. Para se afirmar que duas situações são comparáveis, é necessário encontrar traços de identidade entre elas. O juízo de razoabilidade, em que se centra a fiscalização da observância da igualdade, há de apurar se o traço de identidade entre as duas situações confrontadas é compatível com a medida diferenciadora, tendo em vista os efeitos e os seus propósitos desta.

O princípio da não-discriminação arbitrária é assim relativo. Depende, para revelar as suas consequências práticas, da consideração dos valores morais da sociedade e da compreensão da importância da inserção desses valores no

---

<sup>756</sup> Martim de Albuquerque. Da Igualdade - Introdução à Jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993, p. 335

ordenamento jurídico.<sup>757</sup>

A razoabilidade da diferenciação estará assegurada quando existir uma correlação lógica entre a peculiaridade escolhida como critério de discriminação e a desigualdade de tratamento e, ainda, quando se afigurar que o objetivo dessa desigualdade consiste num interesse compatível com o sistema constitucional.

O tema, bem se vê, não se mostra propenso a cômodas e prévias certezas. Não serão raros os debates em torno de saber da relevância do elemento de classificação para justificar a diferenciação legal. O aplicador da lei deve decidir que elementos diferenciadores podem ser tidos como válidos para justificar o tratamento dissímile. A solução para problemas relacionados com a pertinência de uma crítica, fundada no princípio relacional da igualdade, há de ser feita, não de modo abstrato, mas tendo em conta a realidade considerada pelo legislador. O juízo de ponderação, neste ponto, é inescapável.

Veja-se o exemplo do fator de diferenciação focado na estatura física do indivíduo. A depender das circunstâncias, trata-se de elemento que justificará um tratamento normativo desigual entre pessoas. Assim, o STF já entendeu que o requisito de um altura mínima pode ser legítimo num processo de seleção pública de escolha de delegados de polícia, dado que um “porte físico intimidador” é presumidamente útil e necessário para essas atividades.<sup>758</sup> O problema pode ser lido

---

<sup>757</sup> Anne Peters lembra que tais vetores axiológicos não são nem mesmo constantes no tempo, fiando-se na recordação histórica do prestígio que o critério da filiação para fins de tratamento privilegiado de alguns já gozou nas sociedades ocidentais, sendo hoje repellido, em favor dos critérios do mérito e da eficiência (Anne Peters. Woman, Quotas and Constitutions. Londres, Kluwer Law International, 1999, p. 76).

<sup>758</sup> RE 140.889/MS, DJ 15.12.2000, rel. para o acórdão o Ministro Maurício Corrêa. O voto condutor do acórdão é bastante sucinto quanto a esse aspecto central da controvérsia. Resume-se a este parágrafo: “Quantas vezes vemos no noticiário de imprensa delegados que são assassinados ou atacados por marginais. Evidentemente que para o exercício de um cargo

como um caso de balanço entre o interesse de uma generalidade de pessoas com estatura física reduzida de participar desses certames com o requisito de eficiência no desempenho das ações típicas do cargo. O mesmo critério de altura, porém, foi fulminado como impróprio, quando aplicado como limitação ao desempenho de cargo de escrivão de polícia, ligado, segundo a visão do Tribunal, a tarefas burocráticas.<sup>759</sup> Está nítido que se formulou, neste último precedente, um juízo negativo de adequação da medida aos fins que a justificariam, numa avaliação implícita de proporcionalidade. Ainda no âmbito da adequação, há que se verificar a compatibilidade com os valores acolhidos pelo sistema jurídico dos fins buscados pelo legislador ao beneficiar ou onerar um grupo singularizado de indivíduos. A discriminação vedada é a injusta e a odiosa.

Em certos casos, há uma explícita preferência constitucional pelo tratamento igualitário. Daí não se segue, contudo, que nenhuma diferenciação seja admissível.

O constituinte, por exemplo, proclama a igualdade de direitos entre homens e mulheres, mas não resulta disso uma proibição absoluta de tratamento diferenciado tendo em vista o critério do gênero. O que se exige, nesses casos, é um exame mais estrito da razoabilidade de eventuais distinções<sup>760</sup> - ou, numa linguagem típica de ponderação, cobra-se que a razão para se afastar do princípio da igualdade possua

---

dessa natureza é necessário que o policial tenha não só adestramento físico adequado, mas possua também certo porte físico diferenciado para o exercício da função”.

<sup>759</sup> RE 150.455-MS, DJ 7.5.1999, rel. o Ministro Marco Aurélio. Na ementa se lê esta justificativa: “CONCURSO PÚBLICO - FATOR ALTURA. Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado com a função a ser exercida. No âmbito da polícia, ao contrário do que ocorre com o agente em si, não se tem como constitucional a exigência de altura mínima, considerados homens e mulheres, de um metro e sessenta para a habilitação ao cargo de escrivão, cuja natureza é estritamente escriturária, muito embora de nível elevado”.

<sup>760</sup> Isso, à moda do que fazem os americanos, que, quando se cuida de diferenciação com base em fatores étnicos, por exemplo, cobram que o interesse buscado seja realmente *peremptório* (*compelling*)

maior peso, acordando-se, à partida, contudo, um peso significativo ao valor igualitário. Assim, não resulta válido afirmar, como já se tentou perante o STF, que normas da legislação civil que prevêm a possibilidade de o cônjuge mulher exigir alimentos do varão estariam superadas por preceitos constitucionais declaradores da igualdade de gênero.<sup>761</sup>

Essas considerações mostram-se de valia para enfrentar os problemas que o postulado da igualdade substancial, integrado ao Estado social de direito, rendem para a prática jurídica.

As exigências ligadas à igualdade formal não têm por foco precípua a superação de desigualdades fáticas. Sob a expressão *igualdade substancial*, todavia, está latente uma expectativa de intervenção do Estado orientada a equalizar situações de fato, com vistas a superar um *status quo* iníquo. A busca da igualdade de fato insinua medidas que estabelecem desigualdades transitórias, com vistas a corrigir disparidades indesejadas. A lei pode, por vezes, recorrer a mecanismos de discriminação inversa, tensionando a finalidade social com o princípio formal da igualdade e gerando os casos mais aflitivos de juízos de ponderação.

A igualdade substancial também é, essencialmente, uma igualdade proporcional, tornando-a dependente de um critério de justiça que paute o juízo de proporcionalidade que definirá o que é adequado a cada situação real. A tarefa não é simples, dada a multiplicidade de critérios de adjudicação da igualdade fática. Já se assinalou que "a ambigüidade da regra da igualdade se põe de manifesto na diversidade de critérios de adjudicação que se consideram habitualmente como

---

<sup>761</sup> RE AgR 218.461, DJ 5.3.1999, rel. o Ministro Sydney Sanches. O acórdão assegurou que, em tese ao menos, "não pode ser reconhecida situação de igualdade entre os cônjuges, se um

critérios igualadores".<sup>762</sup>

Pode-se, efetivamente, falar aqui, por exemplo, em igualdade de oportunidades para concorrer à distribuição dos bens e em igualdade derivada da distribuição.<sup>763</sup>

A igualdade de oportunidades visa a colocar todos os indivíduos no mesmo ponto de partida para concorrer aos bens da vida, mediante o esforço e as habilidades de cada qual. Levada a ponto extremado, essa igualdade de oportunidade abrange também o postulado de que todas as pessoas devem ter as mesmas chances de satisfazer os seus propósitos, ensejando pretensões a uma igualização que supere até diferenças inatas, como as decorrentes de variados graus de talento, de inteligência, de habilidades manuais, etc.

O conceito de igualdade de oportunidade não é unívoco. Trata-se de uma noção cujos contornos já foram adjetivados como opacos,<sup>764</sup> inclinando-se a produzir conseqüências contraditórias entre si.

O postulado da igualdade de oportunidade pressupõe que se esteja tratando de bens escassos para todos os que por eles se interessam e envolve atuação estatal para superar dificuldades que afetam parte da população. Diz-se, para criticá-lo, que ele seria paradoxal, uma vez que criar oportunidades para alguns, removendo obstáculos, seria negar a outros a oportunidade de explorar esses obstáculos em seu proveito.<sup>765</sup> A questão-chave, na realidade, passa a ser a de discernir os obstáculos cuja remoção não seria moralmente justa. Novamente, o problema remete a ponderações incontornáveis.

---

precisa de alimentos prestados pelo outro, e se este não precisa de alimentos, pode prestá-los àquele e lhos recusa".

<sup>762</sup> Ignacio Ara Pinilla – "Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad" in Garcia San Miguel (ed). El Principio de Igualdad. Madri: Universidad de Alcala de Henares, 2000, p. 201.

<sup>763</sup> Pinilla, ob. cit., p. 206.

<sup>764</sup> Anna Peters. Women..., ob. cit., p. 82.

De toda sorte, há que se reconhecer que o ideal da igualdade de oportunidade engendra problemas acaso insolúveis, quando se indaga das exigências para que se atinja a almejada igualdade inicial. Para que essa igualdade venha a ocorrer, é indispensável que todos os indivíduos estejam em posição de semelhante nível de formação cultural, por exemplo. Mas, para isso, deveriam desaparecer todos os desequilíbrios econômicos e sociais, a demandar que o Estado atue positivamente para estabelecer uma situação de paridade entre os que se defrontam na vida social. Essa igualdade exigiria, ainda, uma compensação para as diferenças de habilidades inatas, a tornar o problema ainda mais complexo.

Os que apenas estremam a *igualdade de oportunidade com relação aos meios da igualdade de resultados*<sup>766</sup> não chegam a embrenhar-se nessas complicações radicais. Prossequindo as conseqüências dessa distinção, entendem que o que é dado esperar do princípio da igualdade estará satisfeito, se vier a ser assegurada uma mínima e factível igualdade de oportunidades com relação aos meios para obter os escassos bens da vida. Um desequilíbrio posterior na distribuição de bens estaria justificado, por expressar uma recompensa ao mérito de cada um.

Nos EUA, por exemplo, o princípio do mérito é tido pela Suprema Corte como de ordem constitucional.<sup>767</sup>

O direito brasileiro, da mesma forma, apresenta exemplos de adesão à perspectiva mais limitada da igualdade, aceitando que diferenças de mérito individual interfiram nos resultados da distribuição de bens. Permite-se entre nós que se reserve

---

<sup>765</sup> Cf. Peter Westen. Speaking of Equality. Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 177.

<sup>766</sup> A propósito, cf. Anne Peters, ob. cit., p. 82.

<sup>767</sup> É o que deduz Anne Peters (ob. cit., p. 83), a partir dos precedentes *Plyer v. Doe*, 457 U.S. 202, 221-222 (1982) e *Richmond v. Croson Co.*, 488 U.S. 312, 327 (1974).

percentual de cargos públicos para serem ocupados preferencialmente por deficientes físicos. Essa deliberação normativa compreende-se como esforço por instituir a igualdade de fato. Presume-se que os portadores de necessidades especiais sofrem dificuldades acrescidas, com relação aos indivíduos saudáveis, para disputar vagas no serviço público. O direito, porém, não assegura que o deficiente terá a vaga, independentemente de demonstração de mérito – i. é, de aprovação em concurso. Assegura, apenas, uma vantagem inicial com relação aos demais (como compensação, para se estabelecer uma igualdade de fato no *ponto de partida*). Se o indivíduo não demonstra mérito elementar, i. é, se não obtém a nota mínima nas provas, não é aproveitado e a vaga pode vir a ser ocupada até por quem não é portador de necessidade especial. O exemplo indica que o nosso sistema jurídico não aderiu à formulação do princípio da igualdade como mera igualdade de resultados (entendida como a envolver distribuição de bens de modo não-equânime com vistas a, diretamente, por si só, estabelecer uma equalização social).

O direito dos países paradigmáticos para o Brasil neste setor tende a acolher o princípio da igualdade como garantia contra medidas discriminatórias, admitindo, em certos casos, medidas consubstanciadoras de tratamento desigual, voltadas, todavia, para o fim de instituir uma igualdade de oportunidades, máxime quando se tem em mira remediar situações transactas ou remanescentes de opressão.<sup>768</sup>

Não é preciso enfatizar as tantas dificuldades que aqui se atiram sobre o operador do direito.

---

<sup>768</sup> A propósito, Anne Peters, ob. cit., *passim*, com relação ao direito norte-americano e alemão. No Direito Espanhol, noticia-se a recusa de uma interpretação formalista do princípio, afirmando-se que “a finalidade de promover a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integra, em dadas ocasiões, exige uma política legislativa que não pode se reduzir à

O caráter multifário do princípio da igualdade torna problemática a sua aplicação e demanda redobrada acuidade para se fundamentarem as ponderações empregadas no desate de tais questões no âmbito judicial.

Isso se faz sentir de modo palpável nos casos de ações afirmativas, em que os poderes públicos não se bastam com uma singela abstenção de medidas contrárias aos interesses do grupo que se pretende amparar, mas se dedicam a conceder utilidades concretas de variadas ordens.

Essas medidas podem assumir múltiplas formas. Por vezes, consistem num plano de conscientização da existência de uma discriminação velada ou inerente a certas estruturas legais indiscutidas. Outras vezes, assumem a forma de medidas de promoção do grupo desfavorecido, por meio de treinamento especial.

Essas formas de promoção de grupos desfavorecidos, embora propiciem vantagens não-extensíveis a todos os integrantes da sociedade, não criam dano direto aos não-contemplados, e por isso não provocam o alarido que costuma reverberar das medidas chamadas de *discriminação inversa* (ou *reversa*).

A discriminação reversa é a modalidade de ação afirmativa que mais atrai polêmica.

A discriminação reversa implica selecionar, previamente, uma categoria de pessoas para receber certos bens, que, de outro modo, seriam disputados por uma coletividade mais ampla. Esses bens usualmente são cargos, vagas em universidades, contratos com governos, promoções no serviço público, que, por força da medida de ação afirmativa, ficam subtraídos do alcance dos não-beneficiados por tal política.

O que caracteriza a discriminação reversa – e o que a torna controvertida – é

precisamente a circunstância de que o favorecimento de um grupo implica, necessária e imediatamente, a evidente exclusão de outro. Trata-se de “um jogo de soma zero, no qual a destinação de um bem a uma pessoa significa tirar esse mesmo bem de outra (...). É também um jogo de tudo-ou-nada, porque os bens e as posições alocados não podem ser divididos”<sup>769</sup>.

O estabelecimento de quotas para grupos desfavorecidos manifesta bem essa situação de soma zero, característica da discriminação reversa.

A tensão entre o princípio da igualdade formal e o da igualdade material dá o formato jurídico ao mal-estar que tais questões suscitam. Se o princípio da igualdade formal pode oferecer resistência a medidas de discriminação inversa, a superação de desequilíbrios reais justifica que o Estado social asseste seus esforços para um tal alvo, imprescindível à manutenção da coesão social. As duas dimensões da igualdade estão recolhidas pelo constituinte.<sup>770</sup>

Disso resulta que, *prima facie*, as ações afirmativas, sob a forma das discriminações reversas, não são incompatíveis com o princípio da igualdade. Não se pode perder de vista, porém, que continua em vigor a proibição do tratamento diferenciado sem justo e racional motivo, decorrência do princípio da igualdade formal. Isso leva à questão de definir em que medida se admite o desvio do princípio da igualdade formal, para se atender a propósitos de igualdade de fato. A solução para esse problema, que apanha na sua complexidade conflitos concretos potencialmente

---

constitucional española, cit., p. 59.

<sup>769</sup> Peters, ob. cit., p. 24.

<sup>770</sup> A dimensão formal está contida na proclamação de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*, da CF), que convive com o mandamento, inspirado em razões de igualdade material, para que os poderes da República construam uma sociedade justa e solidária, com a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação (art. 3º, I, III e IV, da Constituição).

erosivos da convivência social, demanda método que seja atento e respeitoso aos interesses em atrito e que justifique racionalmente que ora se penda para um ora para outro desses dois valores acolhidos pela ordem constitucional. O juízo de ponderação se torna indeclinável.

Avaliadas sob o princípio da proporcionalidade, as medidas de ação afirmativa devem ser submetidas aos testes em que o postulado se decompõe. Devem ser adequadas para superar os obstáculos que uma situação de injustiça do passado gerou para o grupo a ser contemplado. Para serem adequadas, portanto, devem-se dirigir a propiciar condições de acesso a bens e serviços que a discriminação vedou e se orientar para o restabelecimento de uma igualdade de oportunidades tão efetiva quanto possível.

A medida há de ser necessária, limitando-se ao indispensável à sua finalidade, critério útil para avaliar o tipo de medida de ação afirmativa a ser empregado.<sup>771</sup>

Para vencer o teste da necessidade a medida intrusiva sobre direitos de outrem deve ser concebida de modo atento ao real universo dos que serão por ela beneficiados, prevenindo-se, por exemplo, um programa de cotas excessivamente oneroso para as maiorias.

---

<sup>771</sup> Assim, esse subprincípio da proporcionalidade pode desautorizar uma política de cotas, onde outras medidas de incentivo menos drásticas sobre os direitos dos não-beneficiados possam ser utilmente adotadas. Anna Peters (Women..., ob. cit., p. 71) coleta do direito americano exemplo interessante que ilustra esse requisito. No caso *Wygant v. Jackson Board of Education* (476 U.S. 267 - 1986), a Suprema Corte invalidou um programa de discriminação reversa em que, para se atingir um certo percentual de negros no corpo docente de escolas públicas, prescreviam-se demissões preferenciais de professores brancos. A Corte entendeu que haveria “meios menos agressivos de atingir propósitos análogos, como a adoção de metas de admissão [de um maior número de professores negros]”. A Corte considerou, também, já agora num balanço típico de proporcionalidade em sentido estrito, que o impacto da medida sobre o indivíduo a ela sujeito não a justificava, mencionando que, “enquanto as metas de admissão [de negros] criam um ônus difuso, muitas vezes obstando apenas uma entre várias oportunidades existentes para o indivíduo, as demissões impõem todo o ônus de

A exigência da necessidade também se conecta com a comum observação do direito comparado de que o programa de discriminação reversa deve ter duração limitada no tempo.<sup>772</sup> O plano deve existir como instrumento de superação de obstáculos injustos ao desenvolvimento de pessoas pertencentes a grupos discriminados. Terá a sua validade vencida, improrrogavelmente, tão logo alcançadas certas metas. Por isso, também, para que seja reconhecido como necessário, o programa deve prever a sua própria revisão periódica, em que se avalia a persistência das circunstâncias sociais que o ensejaram.

Quanto ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, por fim, o programa que envolve discriminação inversa deve sobreviver à comparação dos efeitos positivos que dele se aguarda com os danos que causará aos grupos que suportarão os seus ônus. Procede-se ao confronto dos benefícios esperados com os sacrifícios impostos a outros valores constitucionais, como o princípio do mérito para acesso ao ensino superior e aos cargos públicos e o direito de todos de disputar, obter e manter posições socialmente relevantes. Essa ponderação deverá levar em conta a flexibilidade do programa, que não deve fechar-se totalmente ao princípio do esforço e do mérito, não devendo provocar o alijamento peremptório do indivíduo melhor qualificado.<sup>773</sup>

---

se atingir a igualdade de raça sobre indivíduos concretamente considerados, freqüentemente resultando em sérios transtornos nas suas vidas”.

<sup>772</sup> Nesse sentido o caso *Weber*, do direito americano - *Kaiser Aluminum & Chemical Corporation & United States v. Weber*, 443 U.S. 149 (1979).

<sup>773</sup> Como ilustração, cite-se que, no âmbito da Justiça da União Européia, tem-se afirmado que o sistema de quotas não pode ser inflexível, devendo ser combinado com considerações de mérito pessoal. No caso *Marschall*, de 1997, o Tribunal de Justiça assentou que seriam aceitáveis políticas de promoção de pessoal no serviço público que favorecessem as mulheres, subrepresentadas, contanto que essas medidas não impedissem exceções em circunstâncias individuais específicas, como na hipótese de o candidato masculino apresentar credenciais superiores ao do feminino (Caso C-409/95, *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* [1997] ECR I-6363)

A discussão em torno da legitimidade de ações afirmativas vê compensado o seu alto teor emocional com o apelo ao juízo de proporcionalidade, capaz de tornar o debate mais contido em parâmetros racionais, em benefício do aprimoramento dessas medidas na vida das relações.

Em várias ocasiões, o argumento da igualdade, tramado sobre uma perspectiva de ponderação, tem sido o esteio de soluções para problemas constitucionais. À guisa de ilustração, é o que se dá nos casos de apreciação da validade do critério etário para limitar a admissão de candidatos em concursos públicos. Aqui, o STF confronta as funções legais do cargo com exigências de maturidade e de vigor físico, acaso necessários para o seu satisfatório desempenho, para então equacionar a adequação do limite de idade com o fim buscado pela restrição ao princípio da igualdade.<sup>774</sup> É interessante notar que a apreciação desses casos não chega a se demorar em considerações pertinentes ao teste da proporcionalidade em sentido estrito, bastando-se, no mais das vezes, com submeter a restrição de ordem etária – que, à primeira vista, parece contrapor-se ao art. 7º, XXX, da Constituição – ao teste da adequação. Assim, por exemplo, no RE 197.847-MG,<sup>775</sup> o STF afirmou legítimo o limite etário em concurso público, desde que o parâmetro “possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”. Considerou-se inconstitucional, por ferir o postulado do tratamento igualitário, porque “desarrazoada, a limitação, em 40 anos, em relação aos não-servidores públicos, para a inscrição no concurso para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, limitação esta que não decorre da natureza das funções do cargo já que, para os que sejam funcionários

---

<sup>774</sup> Essa prática é proclamada, e atestada com a invocação de outros precedentes, na ADI MC 776, rel. o Ministro Celso de Mello, DJ 15.12.2006, caso julgado em 23.10.1992.

<sup>775</sup> Caso julgado em 19.5.1998, rel. o Ministro Moreira Alves.

públicos, o limite máximo é de 50 anos”.

De outra feita, o Tribunal assegurou que consoava ao princípio da razoabilidade – tomado como sinônimo de proporcionalidade – “a exigência temporal de dois anos de bacharelado em Direito como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União, prevista no art. 187 da Lei Complementar nº 75/93 (...), pois, ao contrário de se afastar dos parâmetros da maturidade pessoal e profissional a que objetivam a norma, adota critério objetivo a que ambos atende”.<sup>776</sup>

Em outra oportunidade, entremeou-se o juízo de razoabilidade/proporcionalidade com aspectos de isonomia, em acórdão de espessas contribuições doutrinárias. Na ADI 3.324<sup>777</sup>, formulou-se uma interpretação conforme a Constituição para se fixar a inteligência de que o preceito legal que prevê a transferência de matrícula universitária de militares ou dependentes de militares deve ser compreendido como a viabilizar a transposição do aluno para outra instituição congênere daquela de origem – de privada para privada e de pública para pública. Acentuou o Supremo Tribunal ser inadmissível constitucionalmente a “interpretação que resulte na mesclagem – de privada para pública”.

No acórdão, combinaram-se análises fundadas nas características que marcam o princípio da isonomia com exigência de proporcionalidade. O Ministro Gilmar Mendes assinalou, na linha da doutrina de Alexy, que “a observância do princípio da isonomia [está] vinculada ao oferecimento de *razões suficientes*, aptas a autorizar um tratamento desigual ou mesmo exigi-lo”. Acrescentou, insinuando, desde logo, a ligação essencial entre análise de isonomia e o juízo por sopesamento de princípios,

---

<sup>776</sup> ADI 1.040, DJ 1.4.2005, rel. para o acórdão a Ministra Ellen Gracie.

que “a identificação de uma não-identidade permitiria apenas a avaliação da medida em que as razões potencialmente justificadoras do tratamento diferenciado poderiam vir a ser consideradas suficientes ou normativamente relevantes para sustentar a compatibilidade de determinada não-identidade com o princípio da isonomia”. Daí a conclusão de que “a aplicação do princípio da isonomia converte-se em um discurso prático acerca da eventual existência e suficiência de razões legitimadoras de não-identidade em face do princípio da isonomia” e o reconhecimento de que “se faz necessária uma avaliação da proporcionalidade, no sentido de se investigar se houve ou não um excesso legislativo”.

Portanto, para o STF, é possível averiguar, mesmo em controle abstrato, alegação de ofensa ao princípio da isonomia, por meio de um exercício centrado numa ponderação das razões aduzidas para se impor o tratamento diferenciado a pessoas que, à primeira vista, aparentam viver situações análogas.<sup>778</sup>

O juízo de ponderação foi novamente empregado para se decidir outro caso em que se cogitava de prestigiar o princípio da igualdade de oportunidade de mercado relevo para a vida política do país. Na ADI 1.351,<sup>779</sup> afirmou-se a inconstitucionalidade de dispositivos de lei que criavam barreiras para o acesso a tempo de propaganda gratuita e para a participação no rateio do Fundo Partidário para partidos que não obtivessem 5% dos votos válidos no último sufrágio para a Câmara

---

<sup>777</sup> DJ 5.8.2005, rel. o Ministro Marco Aurélio.

<sup>778</sup> Essa ponderação de tantos elementos existenciais e normativos conglobados na questão, permitiu ao Ministro Gilmar Mendes, numa síntese da avaliação do Tribunal, chegar à conclusão de que “em um caso como este, o critério da congeneridade é estritamente proporcional ao caso, porque tanto possibilita o ingresso [do estudante dependente de militar ou ele próprio militar em instituições universitárias] no caso de transferências *ex officio*, como garante a integridade da autonomia universitária, além de preservar minimamente o interesse daqueles que não são servidores públicos civis ou militares ou seus dependentes, ou seja, a grande maioria da população brasileira”.

<sup>779</sup> DJ 30.3.2007, rel. o Ministro Marco Aurélio.

dos Deputados, distribuídos por nove Estados da Federação. O acórdão apurou que dos vinte e nove partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, apenas sete atingiram a meta percentual. Esses dados foram alinhavados com o exposto propósito de servir ao exame da razoabilidade da medida, à vista do princípio do pluralismo democrático, que foi tido como em risco de crise, ante tais cifras. Contra a lei, o relator, Ministro Marco Aurélio, arrolou graves conseqüências que dela se seguiriam: “o esvaziamento da atuação das minorias” e o estiolamento dos partidos menores em termos de representação. Essas mesmas considerações foram retomadas no voto do Ministro Gilmar Mendes, para acentuar que a limitação ao fundo partidário e ao horário de propaganda eleitoral impediria que os partidos que não obtiveram melhor sorte nas urnas melhorassem o seu desempenho no futuro, justamente porque nas eleições passadas não foram tão bem – o que feriria a igualdade de oportunidades entre os partidos. O Ministro Gilmar Mendes trouxe o debate para o plano da proporcionalidade, ao dizer que não seria avesso, dadas as características do sistema eleitoral instituído pelo constituinte originário, a distribuições diferenciadas de tempo de propaganda e de recursos partidários. A opção legislativa, contudo, não poderia inviabilizar o pluralismo partidário, sob pena de infringir as exigências da proporcionalidade. É o que o Ministro Gilmar Mendes assinalou, ao dizer imprópria a opção legislativa adotada, na medida em que “não se deixou qualquer espaço, não se fez qualquer mitigação, mas simplesmente, negou-se o funcionamento parlamentar das instituições e agremiações partidárias que [chegaram a obter] expressivo cabedal de votos”. Concluiu, estimando ter ocorrido “um sacrifício radical da minoria” e “uma violação claríssima do próprio princípio da proporcionalidade”. Enfatizou que, por força de opção assim desproporcional, “o modelo acabou por comprometer o princípio da igualdade de chances ou da igualdade de oportunidades”.

O precedente é ilustrativo da vantagem de se enfrentar questões polêmicas e essenciais ao sistema democrático segundo uma perspectiva de ponderação, cuidadosa na fundamentação, no que tange à elucidação de todos os aspectos de fato envolvidos e ao apelo à compreensão escoreta de institutos jurídicos pertinentes.

A qualificação de uma medida legislativa como inconstitucional por ofensa ao postulado da igualdade, compreendido segundo exigência de proporcionalidade, encontra também amostra eficaz em mais um precedente do STF, a ADI 2.623.<sup>780</sup> No julgado, o Tribunal fulminou como ilegítima lei do Estado do Espírito Santo, que vedava o plantio de eucalipto quando destinado à produção da celulose, autorizando, expressamente, contudo, o plantio da mesma espécie vegetal, para outros fins (como os ligados a serraria e à cerâmica). Lembrou o STF que o propósito alegado de preservação ambiental não justificava a lei, apontando a circunstância auto-evidente de que “os efeitos do cultivo [do eucalipto] no meio ambiente independem da destinação que lhe for dada”. Se o cultivo para outros fins, que não o da produção da celulose, permanece admitido, a vedação é inadequada para o objetivo que tem em mira, transformando-se em medida de censurável “tratamento desigual entre os plantadores de eucalipto”. Concluiu pela ofensa à isonomia, porque a norma estatuiria “de forma não razoável um tratamento específico a pessoas diversas”.<sup>781</sup>

---

<sup>780</sup> DJ 14.11.2003, rel. o Ministro Maurício Corrêa.

<sup>781</sup> O voto condutor adere a outra máxima de julgamento útil para enfrentar problemas semelhantes, exarada na ADI MC 526, DJ 5.3.93, rel. o Ministro Sepúlveda Pertence, segundo a qual, “se a ofensa à isonomia consiste, no texto da norma questionada, na imposição de restrição a alguém, que não se estenda aos que se encontram em posição idêntica, a situação de desigualdade se resolve sem perplexidades pela declaração da invalidez da constrição discriminatória”. Esse padrão apenas aparentemente dispensa o juízo de ponderação para fins de resolver questões de isonomia - já que, na realidade, para se definir o que seja “posição idêntica” o aplicador do direito haverá freqüentemente de se valer de juízos de sopesamento.

## Fecho

O recurso ao princípio da proporcionalidade e ao juízo de ponderação se firmou na jurisprudência não somente do Supremo Tribunal Federal como dos demais órgãos jurisdicionais brasileiros, sobretudo a partir da década de 1990, quando, em seguida a estudos pioneiros sobre a o princípio da proporcionalidade na jurisdição constitucional,<sup>782</sup> notou-se uma eclosão de julgados e de estudos em torno do assunto.

Decerto é possível reunir precedentes anteriores até mesmo à Constituição de 1988, em que foram formulados juízos de razoabilidade informados por ponderações, embora neles não se explicitasse a adesão ao princípio da proporcionalidade e nem se trilhassem claramente os vários passos em que a técnica se desdobra.

Gilmar Ferreira Mendes recua a 1953 para apresentar o mais antigo julgado do STF em que valorações fincadas em direitos fundamentais serviram para aferir a validade de medida legislativa, apelando-se, ali, à doutrina do *détournement du pouvoir*.<sup>783</sup> Refere, também, precedente de fevereiro de 1968, em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de norma da Lei de Segurança Nacional, por excessiva, ao prever punição de impedimento ao desempenho de qualquer atividade profissional.<sup>784</sup> Outros casos mais são arrolados, lidando, por

---

<sup>782</sup> Refiro-me ao artigo de Gilmar Ferreira Mendes publicado originariamente na Revista IOB n. 23 de dezembro de 1994 “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, mais adiante somado à coletânea de estudos do mesmo autor Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, ob. cit., pp. 71-87, bem como aos livros de Raquel Denize Stumm (Princípio da proporcionalidade..., obra já citada) e de Suzana de Toledo Barros (O princípio da proporcionalidade, obra já citada), editados respectivamente em 1995 e 1996. De se registrar o importante livro de Carlos Roberto Siqueira de Castro. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio: Forense, 2005, cuja primeira edição data de 1989. Na ordem dos clássicos, veja-se de Santiago Dantas, “A igualdade perante a lei e *due process of law*”. Problemas de Direito Positivo. Rio: Forense, 1953.

<sup>783</sup> Trata-se do RE 18.331, rel. o Ministro Orozimbo Nonato, RF 145 (1953)/164.

<sup>784</sup> Gilmar Ferreira Mendes. Direitos Fundamentais..., ob. cit., pp. 73 e ss.

exemplo, com restrições legislativas ao exercício de profissão e com taxas judiciárias não submetidas a limites máximos. Em todos, com maior ou menor extensão e profundidade, o tema da razoabilidade foi afluído, e avaliações de adequação e de comedimento se mostraram importantes.

Em abril de 1990, pela primeira vez em ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal, detendo-se em arguição de inconstitucionalidade de medida provisória que proibia a concessão de liminares em mandado de segurança e em ações cautelares, exerceu o que qualificou de controle da razoabilidade, situando-o como expressão do princípio do devido processo legal substantivo.

A partir daí, tornou-se corrente a invocação da razoabilidade ou da proporcionalidade como fundamento de arguição de inconstitucionalidade de atos normativos. Firmou-se o padrão para sindicar normas sobre os mais diversos temas, como obrigatoriedade de pesagem de botijões de gás (ADI 855, DJ 1.10.93), limites etários em concursos públicos,<sup>785</sup> critérios de pontuação em concurso público (ADI 3.522, DJ 12.5.2006), exigência de exposição de custos na propaganda oficial (ADI 2.472, DJ 3.5.2002), restrições ao uso de carros de som em passeatas (ADI 1.969, DJ 31.8.2007), regras sobre sustentação oral das partes após voto do relator (ADI MC 1.105, DJ 27.4.2001), normas para eleições gerais (ADI 966, DJ 25.8.1995; ADI 1.813, DJ 5.6.1998), obrigação de avaliação periódica das instituições e dos cursos de nível superior, mediante exames nacionais (ADI 1.511, DJ 6.6.2003), efeitos da apuração da inconstitucionalidade de criação de Município ocorrida há tempo considerável (ADI 2.240, DJ 3.8.2007), proibição de fiança para delitos de porte ilegal e de disparo de arma de fogo (ADI 3.112, DJ 26.10.2007), fixação até o décimo dia

---

<sup>785</sup> preceentes já citados.

útil de cada mês como data limite para o pagamento dos servidores do Estado (ADI 247, DJ 26.3.2004), gratuidade de registro civil de nascimento e de óbito (ADI 1.800, DJ 28.9.2007), falta de limite para taxa judiciária (além da pioneira Rp 1.077-RJ, RTJ 112/34, também a ADI MC 1.926, DJ 10.9.1999), imposição de multa excessiva por descumprimento de obrigação tributária (ADI MC 1.075, DJ 24.11.2006), criação por meio de medida provisória de novas hipóteses de rescindibilidade de sentença e de novos prazos para a ação rescisória quando ajuizada por pessoas jurídicas de direito público (ADI 1.753, DJ 12.06.98), exigência de concessão de descontos a idosos no preço de medicamentos (ADI MC 2.435, DJ 31.10.2003), plano de racionamento de energia ante crise de produção energética (ADC 9-DF, DJ 23.4.2004), vedação de coligações partidárias em eleições proporcionais (ADI MC 1.407, DJ 24.11.2000), entre outros assuntos. A lista não menciona os incontáveis casos concretos que se resolveram na Suprema Corte com a invocação da proporcionalidade, sobretudo no âmbito do direito criminal, como, por exemplo, nas discussões sobre as conseqüências da extrapolação de prazos processuais (HC 85.237/DF, DJ 29.4.2005), aplicação do chamado “princípio da insignificância” nos crimes de bagatela (HC 77.003, DJ 11.9.98, HC 87.478, DJ 23.2.2007), bem como para apurar a legitimidade do uso de algemas (HC 89.429, DJ 2.2.2007).

O juízo de proporcionalidade, com o seu componente de ponderação, invade os mais variados setores em que o judiciário atua. Mostra-se, assim, indispensável que se concebam mecanismos de participação dos afetados, mesmo que não sejam parte, nos vários graus de jurisdição, dada a tendência de os efeitos desses julgados se propagarem extraprocessualmente.

O exercício da ponderação enseja que se experimente um inevitável coeficiente de subjetivismo por parte do aplicador do direito. Se não há como banir

desse processo uma incontornável medida de discricionariedade, é possível, porém, reduzir a tensão gerada pela falta de legitimidade representativo-democrática do juiz para realizar opções normativo-axiológicas. Entre as providências orientadas a tal objetivo, figura a abertura da jurisdição constitucional para a comunidade dos intérpretes da Constituição. Possibilitar que os interessados na solução de uma controvérsia em torno da definição de um direito de índole constitucional aportem as suas vivências, perspectivas e análises aos julgadores configura mecanismo de alargamento do processo de deliberação, propício para torná-lo mais rente às representações sociais sobre o justo na adjudicação de direitos. A abertura para a participação dos *amici curiae* em procedimentos de arguição de inconstitucionalidade, quer incidental, quer em abstrato, mostra que o sistema brasileiro, já inovador em tantos setores relativos à fiscalização de constitucionalidade, busca sintonia com exigências de legitimação do processo.

Por outro lado, no caso brasileiro, cumpre que se esteja premunido para situações que, se ainda não se apresentam como problemáticas, dado o caráter recente do instituto na nossa jurisdição constitucional, tendem, entretanto, a gerar embaraços futuros, conforme alerta a experiência de outros sistemas do direito comparado. Nos processos em que cabe a atuação do *amicus curiae*, importa estabelecer uma ponderação entre a magnitude do interesse envolvido e a representatividade de interesses que o *amicus curiae* encarna – mesmo que seja ele uma pessoa física. O número de *amici curiae* a ser admitido a participar do processo, igualmente, deve refletir não apenas a abrangência social do que será decidido, como, da mesma forma, a capacidade física do Tribunal para analisar os tantos estudos a serem produzidos. Não se sugere que se adote a peculiar restrição imposta em outros lugares, de que os arrazoados se contenham em um número limitado de linhas, mas haverá que se

compreender que, em certos casos, a admissão do *amicus curiae* deve guardar correlação de proporcionalidade com o círculo dos potencialmente afetados pelo decisório. Isso, até mesmo em atenção ao valor constitucional da celeridade no desate dos problemas levados ao descortino judicial.

No plano das ponderações a serem desempenhadas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle abstrato, levar a sério a importante tarefa de guarda da Constituição, conciliada com exigências de democratização do processo deliberativo, implica viabilizar o processo de acolhida de razões de intérpretes não-oficiais da Constituição. Esse esforço não apenas inclui a necessidade de o Tribunal ser, na medida do indispensável, seletivo na admissão de *amici curiae*, como, também, conduz à necessidade de uma reestruturação das próprias competências do Tribunal, com vistas a estabelecer escalas de prioridades. Um tribunal atufado de processos diversos – tantas vezes repetitivos e rebarbativos, mas que, não obstante, demandam empenho material para serem assim avaliados – não tem como orientar satisfatoriamente as suas energias para as tarefas mais imprescindíveis decorrentes de uma compreensão arejada democraticamente de jurisdição constitucional. Medidas, como as que começam a ter curso, no STF, de extensão de efeitos vinculantes a súmulas e a decisões em controle incidental, além de mecanismos de escolha de causas da instância extraordinária, consoante a sua repercussão jurídica e social, são impreteríveis para que a missão de guarda da Lei Maior seja desincubida com adequação aos preceitos da democracia deliberativa.

As exigências de legitimação pelo procedimento induzem também a jurisdição constitucional a dedicar a devida atenção ao modo de decidir. Entendido, em harmonia com Alexy, que a representação democrática da jurisdição constitucional é de índole argumentativa, a tarefa de fundar as deliberações reivindica aplicado zelo.

A fundamentação dos juízos de ponderação assume, efetivamente, feição de elemento essencial para a legitimidade da jurisdição constitucional. Motivar decisórios não é tarefa que se confunda, evidentemente, com a mera invocação de preceitos normativos, na pretensão de se conferir algum ajuste formal da deliberação ao direito positivo. Hão de ser discernidos, com franqueza e profundidade, os interesses que animam cada problema, para que lhes sejam encontrados os pesos específicos, sempre segundo valorações cumpridamente motivadas. Há que se justificar o recurso à ponderação, cabível quando a questão não se resolva pela aplicação de conceitos incontrovertidos na comunidade jurídica. A fundamentação dos atos de ponderação, de seu turno, há de partir também dos conceitos já assentados, úteis para a direção da causa, e da respectiva importância que se lhes seja reconhecida na organização do direito. A tarefa de resolver conflitos ganha em requinte técnico, e, portanto, em patamar de persuasão, à medida que acompanha os desenvolvimentos da teoria dos direitos fundamentais.

Todo o esforço de argumentação do juiz, ao realizar a ponderação, não anula o subjetivismo envolvido, mas expõe ao controle da cidadania de que maneira e com que resultados a discricionariedade foi servida.

A jurisdição não pode relegar à dimensão do desprezível as ponderações já realizadas pelo legislador, ao conformar os direitos fundamentais ou ao se valer de autorização explícita da Constituição para restringi-los – ainda que possa rever essas decisões legislativas, no que delirarem do mandato recebido pelo constituinte. A jurisdição há de respeitar as ponderações que o próprio constituinte estabeleceu.<sup>786</sup> O

---

<sup>786</sup> Na fórmula eloqüente de Pablo de Lora, “há ponderações vedadas, porque o balanço já foi praticado pelo constituinte, e, portanto, ‘reabrir a caixa de Pandora’ supõe uma fraude”. Pablo

juiz contará, afinal, com maior espaço de atuação para ponderar quando o legislador lhe haja deferido a tarefa ou à falta de guia por ele disposta para a atividade.<sup>787</sup>

O estabelecimento de marcos delimitadores do âmbito cabível da ponderação judicial, que também lhe oriente os procedimentos e empreste direção para as finalidades a serem alcançadas, constitui o aspecto que deve ser explorado e enfatizado no estudo da proporcionalidade, uma vez reconhecido que o método já se enraiza na nossa prática judiciária.

A compreensão dos condicionantes da atividade de ponderação, tendo em vista a tensão com o princípio democrático em que inevitavelmente se enreda, não somente imprime rumo para as atividades judiciais, como apresenta a serventia de metro de avaliação de decisões já tomadas, como neste capítulo se buscou ilustrar.

---

de Lora. “Tras le rastro de la ponderación”. Revista Española de Derecho Constitucional. n. 60, setembro-dezembro de 2000, p. 365.

<sup>787</sup> Cf. Barak. The judge..., ob. cit., pp. 175-176.

## CONCLUSÃO

A idéia de realização da justiça está ligada à prístina metáfora da balança, em que se equilibram razões e interesses, para se produzir uma decisão, cuja autoridade se assegura pela outra legendária representação da espada.

O juízo de ponderação, pelo qual se busca realizar o justo, remete também à imagem do ser demiúrgico que empunha em cada mão a balança e a espada. Trata-se de ofício reconhecidamente intrincado em dificuldades variadas, mas de elementar importância para o cidadão e para a comunidade política na sua inteireza moral. Acaso se preferisse que tal ofício fosse realizado por entidades super-humanas, mitológicas, como a deusa Themis ou o extraordinário Hércules. No mundo real, é inevitável, porém, conviver com o que toda empreitada humana tem de precário e de insuficiente, ainda que sob o alento de que reconhecer limites e atentar para condicionantes favorece superações e propicia giros evolutivos.

As graves repercussões da tarefa judicial de definir e confrontar direitos e valores básicos reclamam o exame detido dos termos desse exercício e olhos voltados para a contenção desse formidável poder aos limites do seu escopo.

Não se atinge esse intento sem se sindicarem os pressupostos de História e de teoria que rodeiam a atividade jurisdicional da ponderação.

A ponderação, como metodologia judicial de definição e aplicação de princípios fundamentais, não pode ser compreendida deslocada do contexto da evolução do papel do direito constitucional como instrumento efetivo de ordenação da sociedade. Não se apreciará o valor da Constituição, dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional, sem que se fixe a função do próprio Poder Público, como

ente temporal, criado em virtude de necessidades práticas, orientado pelo propósito da proteção dos indivíduos e submetido às depurações que marcaram a mudança do Estado para os indivíduos da primazia na relação que os põe em contato.

Na medida em que ganha força a idéia de que o Poder Público deve ser exercido segundo exigências do postulado do respeito à dignidade da pessoa humana, estabiliza-se a noção de que o Estado, no momento em que legisla ou em que aplica o direito, não pode ser arbitrário. Isso redonda no postulado de que devem ser razoáveis as deliberações tomadas com força de autoridade e inspira a convicção da imperiosidade de se prevenirem abusos no exercício do poder. Uma arquitetura jurídico-política propícia a esse intuito integra o credo liberal, alinhado pela pedra angular da separação de poderes e da proclamação de direitos fundamentais.

Esse ideário ganha matizes democráticos, quando se descobre no povo o soberano capaz de se reger, como corpo político, por intermédio dos seus representantes, no contexto de uma comunidade em busca do bem comum.

Essas idéias fixam uma concepção que se requinta ao longo do tempo, mostrando o ideal constitucionalista em permanente devir.

Na Europa, esse ideal constitucionalista não encontrou plena realidade prática tão logo como nos Estados Unidos, que o assumiram desde o início da sua vida independente. Na Europa, a posição de supremacia do Parlamento se fecha, hostil, ao controle dos seus atos por um outro poder, debilitando o valor jurídico dos diplomas constitucionais. Isso não obstante, no período de crises de entre-guerras renova-se a discussão sobre o papel da Constituição na sociedade e do valor efetivo que deve dispor, para o cumprimento dos seus fins. A entrega da tutela da Constituição ao Judiciário é proposta e acerbamente criticada na Alemanha de Weimar e objeto de

ensaio na Áustria. Sufocadas pelo nazismo, tais experiências adiam para quando do ressurgimento democrático, depois de 1945, a sua influência prática duradoura.

O antigo ideal de separação dos poderes é, em fins da década de 1940, retomado sob novo rasgo definidor, remodelado pelo princípio da supremacia da Constituição – ela própria reinventada como instrumento efetivo de proteção dos valores essenciais do ser humano e da convivência política responsável. Nesse quadro, o juiz constitucional passa a ser o garantidor da Lei Maior, mediante sistemática que se aproxima da prática americana de permitir que órgão distinto do Legislativo critique e recuse valia a ato deste, moderada, porém, pelas contribuições de Kelsen e pelas críticas difundidas ao modelo norte-americano.

A prática nos Estados Unidos do *judicial review*, de seu turno, responde também a circunstâncias históricas peculiares, revelando, não obstante, aspectos delicados para os ideais liberais e democráticos do sistema.

A História da Europa continental e dos Estados Unidos no que pertine à adoção do controle de constitucionalidade aponta para a necessidade desse meio de defesa no atual estágio do constitucionalismo, mas também revela riscos e excita perplexidades, que influenciam na concepção do controle em si e no debate sobre os seus lindes. As dificuldades sobem de ponto quando o controle jurisdicional extravasa o mero exame do respeito a formalidades do processo legislativo e se dedica a articular juízos de valor, em postura afeita às deliberações axiológicas entregues tradicionalmente ao Legislativo.

O desafio passa a ser o de desfazer o que se convencionou chamar de o *paradoxo da democracia*, aguçado ante a incorporação generosa pelas constituições da segunda metade do século XX de princípios morais diversos, por vezes em estado de incompatibilidade recíproca. A reflexão constitucional dirige, então, o seu

empenho para conciliar a jurisdição constitucional, em que se desenvolve a inevitável ponderação de valores, com os preceitos da democracia representativa.

A compreensão da necessidade de se tracejarem limites para a atividade da ponderação no trato dos princípios fundamentais prejudica-se sensivelmente se for desprezado o conhecimento desses elementos de História, subjacentes às resistências enfrentadas pela jurisdição constitucional. A relação de influência recíproca da História com o pensamento político torna justificáveis e acessíveis os refinamentos teóricos e práticos que o juízo de ponderação deve receber.

Concepções concorrentes da Constituição como ordem marco e como ordem fundamental de valores aludem a inquietações básicas geradas pela pluralidade de visões sobre o papel dos direitos fundamentais na sociedade e sobre os meios de assegurar-lhes vitalidade. Eis aí o pano-de-fundo das críticas que o juízo de ponderação recebe de parcela expressiva da doutrina. Contra as práticas da ponderação de valores pelo juiz constitucional, recrimina-se a falta de balizas estritamente lógicas e jurídicas, que tornem o discurso controlável, censura-se a assunção do poder de eleição entre valores concorrentes por instância não democraticamente representativa e se exproba a debilitação da força deontológica dos direitos fundamentais provocada pela sua assimilação a valores constitucionais.

Essas aflições desassossegam *scholars* de ambos os lados do Atlântico. Não obstante, também em ambas essas partes do mundo, a prática da ponderação se afirma, nas jurisdições constitucionais e no corpo majoritário da doutrina, como indeclinável e sem alternativa a que se recorrer.<sup>788</sup> A ponderação se apresenta como

---

<sup>788</sup> Todas as cortes constitucionais da Europa central e do Leste, depois de 1989 adotaram o método da ponderação, segundo o apanhado de Sweet e Mathews (“Proportionality, balancing...”, ob. cit., p. 26). A ponderação empolga até mesmo países do *Commonwealth*

ínsita à prática judicante sob uma Constituição composta por princípios de fecundo cariz axiológico e político. Não se descarta, em toda parte, porém, a pertinência dos problemas de legitimidade levantados, que acabam por se insinuar nas posturas de maior ou menor contenção das cortes e na busca insistente de critérios legitimadores da ponderação. Acredita-se, de toda sorte, que a jurisdição constitucional, assumindo a tarefa de efetuar balanços, pode avançar ideais de democracia deliberativa, sofrendo ímpetos arbitrários das maiorias.

O imprescindível passa a ser dispor de um modelo de jurisdição constitucional em que o juízo de ponderação se desenvolva de modo mais aberto às exigências do postulado democrático e mais afinado com as funções que conferem razão de ser aos direitos fundamentais.

No que diz com a tensão a que o princípio da separação de poderes se vê submetido quando a jurisdição constitucional se lança a juízos de ponderação, merecem ser conhecidas experiências de diálogo entre os poderes, importando uma redução mais ou menos acentuada da eficácia das decisões judiciais sobre a constitucionalidade de leis. Tais experiências revelam a importância e a atualidade do problema, mas não podem ser desligadas das circunstâncias históricas de cada país. As respostas ao desafio da legitimação dos juízos de ponderação em sede de controle de constitucionalidade não são univocamente válidas para todos os países, como a diferença de resultados democráticos do modelo brasileiro de 1937 e do canadense atual torna manifesto.

---

(id., p. 59), comanda o raciocínio jurídico dos tribunais da União Européia (id., pp. 48-50) e ganha terreno nas Américas do Sul e Central (id., p. 26).

Isso mostra que o problema de legitimidade da jurisdição constitucional que desenvolve juízos de valor não apresenta necessariamente os mesmos termos em toda a parte.

Angústias que a ponderação suscita a propósito do princípio da tripartição de poderes não podem ser divorciadas da importância que cada comunidade empresta à relevância de cada um desses poderes na consecução dos valores democráticos materiais.

Se, em democracias tradicionais, a atribuição, *prima facie*, de legitimidade para as ações do legislador é acentuada, mostrou-se, por outro lado, que, em democracias menos maduras, sobretudo em lugares em que um quadro ditatorial se formou coadjuvado por um respeito formal ao legislador, esse reconhecimento de representatividade do Legislativo não pode ser tomado em idêntica medida. Experiências concretas demonstram que, dependendo do tema e das circunstâncias, em democracias nascentes, a sociedade civil pode encontrar na jurisdição constitucional (que se desenvolve também para remediar inconstitucionalidades por omissão) um foro porventura mais atento e sensível ao debate travado nos espaços públicos do que o propiciado pelas casas legislativas. A idéia de governo limitado se favorece, aí, pela jurisdição constitucional.

Nesses casos, como também naqueles em que o desenho das instituições melhor se aparenta ao que tradicionalmente delas se espera, a racionalidade das decisões ponderativas se torna fator decisivo para atender a exigência de legitimidade do processo. A explicitação minuciosa do processo de deliberação, com a exposição dos elementos tomados em conta para o desate dos problemas, torna-se meio indemissível para expor à aceitação da sociedade o que se decide nos foros jurídicos. O controle crítico operado pela comunidade se converte em fator crucial para que se

possa ver, na decisão tomada, uma forma de exprimir a representação popular de talho argumentativo.

Se por meio do apuro discursivo o juízo de ponderação soma pontos no seu anseio por mais ampla legitimidade, daí decorrem, igualmente, condicionantes e limites para a mesma prática.

No quarto capítulo foram discutidos os requisitos de ordem argumentativa reclamados para mais esmerada racionalidade no juízo de ponderação. Assinalaram-se os casos em que o método do sopesamento há de ser convocado para o discurso jurídico e foi pormenorizada a estrutura argumentativa a ser observada, com o fito de se minorar o intuicionismo no processo. Ao termo do capítulo, foram avançadas linhas-guias para o desenvolvimento do raciocínio por contrapesos. Sob o ângulo induzido, a ponderação não somente ganha novo sentido de legitimidade, como se concilia com o respeito democrático devido ao princípio da separação de poderes, na medida em que ela própria revela espaços interditos à crítica judiciária. Alia forças, afinal, à imperatividade dos direitos fundamentais, ao protegê-los, segundo uma lógica do possível, contra intervenções desproporcionais.

A busca pelo aprimoramento do juízo de ponderação conduz ao exame de outros fatores, que contribuem para a sua maior racionalidade e legitimidade. A partir da consideração de que o direito somente se dá a compreender numa visão integral, que o vê como um *continuum* em prol da melhor proteção da dignidade da pessoa humana, os conceitos assentados na comunidade devem estar presentes no momento de se definirem os princípios a serem confrontados – até para se verificar se há um conflito real. As mundividências da comunidade devem ser expostas à jurisdição constitucional, cujas decisões devem ser cabalmente fundamentadas. Incentivar a participação dos *amici curiae* nos processos em que são formulados juízos de

ponderação torna a justiça constitucional mais permeável aos valores que informam a comunidade jurídica, conferindo-se oportunidade para que as forças sociais expressem as suas pretensões de validade das normas constitucionais nos momentos mais importantes de definição dos princípios estruturadores da ordem política.

A exigência de apuro na fundamentação das deliberações constitucionais se mostra útil contra o relaxamento metodológico nas formulações valorativas da justiça constitucional, novamente servindo ao propósito da legitimação pela racionalidade compartilhada.

A fundamentação deve ser expressiva do respeito igual por parte do Estado-juiz a todos os interesses que se rivalizam num julgamento, identificando-os e medindo-os uns com os outros segundo parâmetros expostos sem reboço.

Como a jurisdição constitucional não se dirige apenas ao registro crítico de juristas, alcançando igualmente o público leigo, as suas deliberações devem estar vertidas em linguagem tão clara e direta quanto possível, sem descair em hermetismos desnecessários e mitificadores.

O cuidado na fundamentação salva a jurisdição de enxergar em qualquer questão constitucional o chamado a reflexões ponderativas. A ponderação, se configura instrumento relevante e indispensável em tantas ocasiões, por outro lado, pelo que incita de conflitos com a ação tradicionalmente afeta ao legislador democrático, deve ser método subsidiário de solução de problemas. Onde a comunidade jurídica assentou conceitos, até para que se preserve a integridade do direito, cumpre que o juiz se abstenha de tramar colisões sem eco na doutrina aceita, na jurisprudência consolidada ou na legislação indisputada. Em situações assim, o caso é de ser resolvido pela proclamação das conseqüências ligadas aos conceitos estabelecidos. Daí a importância de se atentar para uma teoria sólida dos direitos

fundamentais, que virtualize a descoberta de casos alheios ao domínio aberto aos juízos de ponderação, com benefício das expectativas jurídicas fixadas anteriormente em torno das normas jusfundamentais.

Reduzir a ponderação às hipóteses em que ela é indispensável opera em favor da segurança das relações, um dos escopos, por definição, do próprio direito, sobre promover o reforço do vigor deontológico das normas constitucionais. Da mesma forma, considerar o grau de expectativas da comunidade jurídica a respeito do sentido dos princípios constitucionais, mesmo quando a ponderação é inevitável, impõe-se no momento de se estabelecer o peso de cada princípio em atrito.

O domínio seguro e suficientemente entranhado da teoria assente do direito constitucional, e, em especial, dos direitos fundamentais, apresenta-se, portanto, relevante, não somente para assinalar quando o exercício da ponderação é cabível, como para conduzir, com propriedade, em sintonia com as finalidades do direito, a própria atividade de sopesar valores contrastantes.

Não é preciso ressaltar que a teoria constitucional referida não há de se resumir às lições acadêmicas, mas delas há de se socorrer em harmonia com a jurisprudência, em especial quando as suas máximas traduzem regras decorrentes de ponderações anteriores, aceitas pela comunidade jurídica.

É de se enfatizar a atenção devida aos vários condicionantes de racionalidade e de pertinência que a tese preconiza como indispensáveis para harmonizar a prática da ponderação, hoje universalizada, com as finalidades do próprio constitucionalismo, no que este se vincula aos ideais de liberdade e de autonomia dos indivíduos, expressões primárias da idéia de dignidade da pessoa.

O quadro de pressupostos históricos e doutrinários, em suas complexidades, que a tese se dedica a delinear na sua primeira parte, mostra-se de insuperável

importância para se aviventarem limites ao juízo de ponderação na jurisdição constitucional, mediante a discriminação de condicionantes da prática – assunto a que a tese se devota no subsequente segmento da sua estrutura.

O painel exposto, diga-se em conclusão, convida a uma análise isenta de otimismo devaneante ou de sucumbido niilismo, ambas posturas contraprodutivas no trato do já instalado fenômeno da ponderação. Importa, sim, uma reflexão cada vez mais consistente sobre a jurisdição constitucional, de modo a perseguir-se o ideal de um fiel sempre melhor aferido para a indefectível balança da justiça.

## BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, Aulis. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”. Doxa, n. 8, 1990.
- AARNIO, Aulis. Derecho, racionalidad y comunicación social. México: Fontamara, 2000.
- AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst e DOEHRING, Karl. El Estado Social. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- ABRANTES, José João Nunes. A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais. Lisboa: AAFDL, 1990.
- ACKERMAN, Bruce “Beyond Carolene Products”. Harvard Law Review, n. 98, 1984-1985.
- ACKERMAN, Bruce. “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”. Yale Law Journal, vol. 93, 1984.
- ACKERMAN, Bruce. The Failure or the Founding Fathers. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2005.
- AGRA, Walber de Moura. Republicanism. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- ALBUQUERQUE, Martim de. Da Igualdade - Introdução à Jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993.
- ALENIKOFF, Alexander. “Constitutional Law in the age of balancing”. Yale Law Journal, n. 96, 1986-1987.
- ALEXY, Robert. “Balancing, constitutional review, and representation”. I-Con, vol. 3, n. 4, 2005.
- ALEXY, Robert. “Constitutional rights, balancing and rationality”. Ratio Juris, vol. 16, n. 2, junho de 2003.
- ALEXY, Robert. “Derecho injusto, retroatividad y principio de legalidad penal”. Doxa, n. 23, 2000.
- ALEXY, Robert. “Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional”. Revista Isonomía, n. 1, outubro 1994.
- ALEXY, Robert. “Jürgen Habermas’s theory of legal discourse”. Cardozo Law

- Review, n. 17, 1995-1996.
- ALEXY, Robert. “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático”. Derechos y Libertades, vol. 8, 2000.
- ALEXY, Robert. “La tesis del caso especial”. Isegoría, vol 21, 1999.
- ALEXY, Robert. “On balancing and subsumption. A structural comparison”. Ratio Juris, vol. 16, n. 4, dezembro de 2003.
- ALEXY, Robert. “On the structure of legal principles”. Ratio Juris, vol. 13, n. 3, setembro de 2000.
- ALEXY, Robert. “Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. Doxa, vol. 5, 1988.
- ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- ALEXY, Robert. El Concepto y la Validez del Derecho. Barcelona: Gedisa, 1997.
- ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios, 2004.
- ALEXY, Robert. La institucionalización de la justicia. Granada: Editorial Comares, 2005.
- ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica (trad. Zilda Hutchinson Schild Silva). São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2001.
- ANZON, Adele. “La motivazione dei giudizi di ragionevolezza e la dissenting opinion”. In Corte Costituzionale. Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Milão, Giuffrè, 1994.
- ARKES, Hadley, *Lochner v. New York*, Great Cases in Constitutional Law. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- ASÍS, Rafael de. El juez y la motivación en el derecho. Madrid: Dykinson, 2005.
- ATIENZA, Manuel. As razões do direito – teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000.
- ATIENZA, Manuel. El derecho como argumentación. México: Fontanamara, 2005.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BACHOF, Otto. Jueces y constitución. Madrid: Civitas, 1985.
- BARAK, Aharon. The judge in a democracy. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio: Renovar, 2005
- BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de

- constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. Rio: Renovar, t. III, 2005.
- BARTHOLOMEUSZ, Ance. “The *amicus curiae* before international courts and tribunals”. Non-State Actors and International Law, vol. 5, 2005.
- BAYÓN, Juan Carlos. “Por qué es derrotable el razonamiento jurídico”. Doxa, 24, abril 2006.
- BAZÁN, Víctor. “El *amicus curiae* en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina”. Anuario Iberoamericano de justicia constitucional, n. 10, 2006.
- BEATTY, David, “The Canadian Charter of Rights: Lessons and Laments”. The Modern Law Review, vol. 60, 1997.
- BEATTY, David. The Ultimate Rule of Law. Nova York: Oxford University Press, 2005.
- BÉGUIN, Charles. Le Contrôle de la Constitutionnalité des Lois en République Fédérale d’Allemagne. Paris: Economica, 1982.
- BENDA, Ernst. “The Protection of Human Dignity”. SMU Law Review, vol. 53, 2000
- BICKEL, Alexander M. The Least Dangerous Branch. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BINENBOJM, Gustavo. “A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual”. Revista Direito, v. 8, n. 13, 2004.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madri: Trotta, 2000.
- BOIS, François du. “Rights trumped? Balancing in constitutional adjudication”. Acta Juridica, vol. 155, 2004.
- BOMHOFF, Jacco. “Luth’s 50<sup>th</sup> anniversary: some comparative observations on the German foundations of judicial balancing”. German Law Journal, vol. 9, n. 2, 2008.
- BOROWSKI, Martin. “La Restricción de los derechos fundamentales”. Revista Española de Derecho Constitucional, ano 20, n. 59, maio-agosto de 2000.
- BRENNER, Saul. “Granting certiorari by the United States Supreme Court: an overview of the social science studies”. Law Library Review, n. 92, 2000.
- BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, Press release no. 11/2006 of 15. February 2006, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg06-011en.html>, acessado em 16 de janeiro de 2008.
- CABONELL, Miguel, “Los guardians de las promesas”. Revista Sistemas Judiciales.

- México, n. 7, junho de 2004.
- CALDEIRA, Gregory e WRIGHT, John. “*Amici curiae* before the Supreme Court: who participates, when, and how much?”. Journal of Politics. vol. 52, n. 3, agosto de 1990.
- CALDWELL, Peter C.. Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. Durham: Duke University Press, 1997.
- CAMAZANO, Joaquín Brage. “Algunos aspectos de teoría general constitucional sobre los derechos fundamentales en los EEUU” (mimeo). Madri: Departamento de Derecho Constitucional. Universidade Complutense de Madri, s/d.
- CAMPOS, Francisco. “Diretrizes Constitucionais do Novo Estado Brasileiro”. Revista Forense vol. 73, ano 35, fascículo 415, 1938.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro. “O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais”. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, vol 3, 1961.
- CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. (Trad. Aroldo Plínio Gonçalves). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.
- CARAS, Juan Carlos Gavara de. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond. La Lois, expression de la volonté générale. Paris: Economica, 1984.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de Direito. in Marcelo Cattoni de Oliveira. Jurisdição e hermenêutica no Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos editora, 2004.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio: Forense, 2005.
- CAVANAUGH, T. A.. Double-effect reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- CHAMBERS, Simone. “Deliberative Democratic Theory”. Annual Reviews of Political Science. vol. 6, 2003.
- CHEMERINSKY, Erwin. “Balancing the rights of privacy and the press: a reply to professor Smolla”. George Washington Law Review, n. 67, 1998-1999.
- CODERCH, Pablo (coord.), Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomia Privada. Madri, Civitas, 1997.
- COFFIN, Frank. “Judicial balancing: the protean scales of justice”. New York University Law Review. vol. 63, 1988.
- COLLINS JR, Paul M. Friends of the Supreme Court: examining the influence of interest groups in the US Supreme Court, 1946-2001. (tese de doutorado)

- Binghamton: State University of New York, 2005.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, in Miguel Carbonell (ed). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Trotta, 2005.
- CORTE COSTITUZIONALE. Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale – riferimenti comparatistici. Milão: Giuffrè, 1994.
- COVER, Robert. “Violence and the Word” Yale Law Journal, vol. 95, 1985-1986.
- CRUZ, Luis M.. La Constitución como orden de valores. Granada: Editora Comares, 2005.
- CURRIE, David P. “Lochner abroad: substantive due process and equal protection in the Federal Republic of Germany”. Supreme Court Review, 1989.
- CURTIS, Dennis e RESNIK, Judith. “Images of Justice”. Yale Law Journal, n. 96, 1986-1987.
- DIPPEL, Horst. “Modern Constitucionalism, an Introduction to a History in Need of Writing”, The Legal History Review, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- DIPPEL, Horst. “Soberania Popular e Separação de Poderes no Constitucionalismo Revolucionário da França e dos Estados Unidos da América” (trad. Paulo Sávio Peixoto Maia). Brasília: Faculdade de Direito (*mimeo*).
- DOR, Gal e HOFNUNG, Menachem. “Litigation as political participation”. Israel Studies, vol 11, n. 2, 2005.
- DWORKIN, Ronald. “Elogio à teoria” (trad. Elton Dias Xavier). Revista de Direito do Estado, n. 7, julho/setembro 2007.
- DWORKIN, Ronald. O Imperio do Direito (trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.
- EDMUNDSON, William A.. Uma introdução aos direitos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ELLIS, Evelyn (ed). The principle of proportionality in the laws of Europe. Portland: Oxford, 1999.
- ELY, John. Democracy and Distrust- a theory of judicial review. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.
- EMILIOU, Nicholas. The principle of proportionality in European Law. Londres: Kluwer, 1996.
- FAIGMAN, David L. “Madisonian balancing: a theory of constitutional adjudication”. Northwest University Law Review, n. 88, 1993-1994.
- FARRELLY, Colin. “Civic Liberalism and the ‘Dialogical Model’ of Judicial Review” Law and Philosophy Vol. 25(5), 2006.
- FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais. São Paulo: Landy, 2004.

- FIGUEROA, Alfonso García. Principios y positivismo jurídico. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- FIORAVANTI, Maurizio. Constitucion – da la Antigüedad a Nuestros Días. Madri: Trotta, 2001.
- FISS, Owen M. “Objectivity and interpretation”. Stanford Law Review, n. 34, 1981-1982.
- FORSTHOFF, Ernest. “Los Derechos fundamentales” **in** El Estado de la sociedade industrial. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- FREITAS, Juarez. “A melhor interpretação constitucional ‘versus’ a única resposta correta”. **in** Virgílio Afonso da Silva. Interpretação constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FRIEDMAN, Barry. “The History of countermajoritarian difficulty – Part one”. New York University Law Review, vol. 73, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. “Eqüidade, razoabilidade, proporcionalidade e princípio da moralidade”. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. vol. 1, n. 3, 2005.
- GREER, Steven. “Balancing and the European Court of Human Rights: a contribution to the Habermas-Alexy debate”. Cambridge Law Journal. n. 63 (2), julho de 2004.
- GRIFFIN, Stephen. American Constitutionalism. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Madri: Trotta, 2006.
- GUASTINI, Riccardo. Estudios de teoría constitucional. México: Fontamara, 2003.
- GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação. (trad. Cláudio Molz). São Paulo: Landy, 2004.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HÄBERLE, Peter. Pluralismo y constitución. Madri: Tecnos, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. “Between facts and norms: an author’s reflections”. Denver University Law Review, n. 76, 1998-1999.
- HABERMAS, Jürgen. “Constitutional democracy – a paradoxical union of contradictory principles?”. Political Theory, vol. 29, n. 6, dezembro de 2001.
- HABERMAS, Jürgen. “Three Normative Models of Democracy”. Constellations. Oxford: Blackwell Publishers, vol. 1, 1994.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. (tradução Flávio Beno Siebeneichler) Rio: Tempo Brasileiro, vols. I e II, 1997.
- HALL, Kermitt (ed.). The Oxford Companion to the Supreme Court. Nova York:

- Oxford, 1992.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. O Federalista. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.
- HAREL, Alon. “Rights-Based Judicial Review: A Democratic Justification”. Law and Philosophy, 2003, n. 22.
- HART, H. L. A., “The nightmare and the noble dream”, Georgia Law Review, vol. 11, n. 5, setembro de 1977.
- HENKIN, Louis. “Infallibility under law: constitutional balancing”. Columbia Law Review, n. 78, 1978.
- HOECKE, Mark van. “Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation”. Ratio Juris, vol. 14, n. 4, dezembro de 2001.
- HOGG, Peter e BUSHELL, Allison “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such A Bad Thing After All)”. Osgoode Hall Law Journal, n. 35, 1997.
- HOLMES, Stephen. “Precommitment and the paradox of democracy”. in Elster e Slagstad (eds.) Constitutionalism and Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- HUTTUNEN, Rauno e HEIKKINEN, Hannu. “Between Facts and Normas: action research in the light of Jürgen Habermas’s theory of communicative action and discourse of Justice”. Curriculum Studies. vol. 6, n. 3, 1998.
- IHERING, Rudolph von. A Luta pelo Direito. Lisboa: Sillaud, Alves & C<sup>a</sup>, s/d.
- JACKSON Donald e TATE, Neal (ed.). Comparative judicial review and public policy. Westport: Greenwood Press, 1992.
- JACKSON, Vicki C. “Ambivalent resistance and comparative constitutionalism: opening up the conversation on ‘proportionality’, rights and federalismo”. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, n. 1, 1998-1999.
- JACOBSON e SCHLINK (ed.). Weimar – A jurisprudence of Crisis. Berkeley: University of California Press, 2000
- KAHN, Paul. “The Court, the community and the judicial balance: the jurisprudence of Justice Powell”. Yale Law Journal, n. 97, 1987.
- KAVANAGH, Aileen. “Participation and judicial review: a reply to Jeremy Waldron”. Law and Philosophy, n. 22, 2003.
- KEARNEY, Joseph e MERRILL, Thomas. “The influence of *amicus curiae* briefs on the Supreme Court”. University of Pennsylvania Law Review. vol. 148, 1999-2000.
- KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito (trad. João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KENNEDY, Duncan. “Form and substance in private law adjudication”. Harvard Law Review, vol. 89, 1975-1976.

- KLATT, Matthias. "Taking rights seriously. A structural analysis of judicial discretion". Ratio Juris. vol. 20, n. 4, dezembro de 2007.
- KRIELE, Martin. Introducción a la Teoría del Estado. Buenos Aires: Depalma, 1980
- KRISLOV, Samuel. "The amicus curiae brief: from friendship to advocacy". Yale Law Journal, n. 72, 1962-1963.
- KUMM, Matthias. "Constitutional rights as principles: on the structure and domain of constitutional justice". International Journal of Constitutional Law (I·CON), vol. 2, n. 3, 2004.
- LIMBACH, Jutta. "The Concept of the Supremacy of the Constitution". The Modern Law Review. Londres, janeiro de 2001, vol. 64, n. 1.
- LINDSETH, Peter. "The paradox of parliamentary supremacy: delegation, democracy and dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s". Yale Law Journal. vol. 113, 2003-2004.
- LLORENTE, Francisco Rubio. "La igualdad en la aplicación de la ley" in Luis García San Miguel (editor). El principio de igualdad. Madrid: Dykinson, 2000.
- LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1979.
- LORA, Pablo de. "Tras el rastro de la ponderación". Revista Española de Derecho Constitucional. n. 60, setembro-dezembro de 2000.
- LOWMAN, Michael. "The litigating amicus curiae: when does a party begin after the friends leave?" American University Law Review, vol. 41, 1992.
- LUQUE, Luis Aguiar de. "Los límites de los derechos fundamentales". Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n. 14, janeiro-abril de 1993.
- LYNCH, Kelly. "Best friends? Supreme Court law clerks on effective *amicus curiae* briefs". Journal of Law and Politics. vol. XX, n. 33, 2004.
- MACCORMICK, Neil. "Reasonableness and objectivity". Notre Dame Law Review, n. 74, 1998-1999.
- MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MANIACI, Giorgio. "Algunas notas sobre coherencia y balance en la teoría de Robert Alexy". Revista Isonomia, n. 20, abril de 2004 Mark Tushnet. "Anti-formalism in recent constitutional theory". Michigan Law Review, n. 83, 1984-1985.
- MARSHALL, John. Decisões Constitucionais de Marshall. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.
- MAUS, Ingebor. "Judiciário como superego da sociedade". Novos Estudos. n. 58, novembro de 2000.
- MELLO, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle concentrado de constitucionalidade (comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999). São

- Paulo: Saraiva, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio M. e BRANCO, Paulo G. Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental – comentários à Lei nº 9.882, de 3-12-1999. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio M. e BRANCO, Paulo G. Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MICHELMAN, Frank. “Brennan and Democracy”. California Law Review, vol. 86, 1998.
- MICHELMAN, Frank. “Foreword: Traces of self-government”. Harvard Law Review, vol. 100, 1986-1987.
- MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- NOWAK, John e ROTUNDA, Ronald. Constitutional Law. St. Paul: West Publishing Co., 1995.
- PAJNO, Simone e VERDE, Giuseppe (ed.). Alla ricerca del diritto ragionevole – esperinze giuridiche a confronto. Turim: Giappichelli, 2004.
- PALMER, Stephanie. “A wrong turning: article 3 ECHR and proportionality”. Cambridge Law Journal, n. 62, julho de 2006.
- PASQUINO, Pasquale. “Constitutional adjudication and democracy. Comparative perspectives: USA, France, Italy”. Ratio Juris, vol. 11, n. 1, março de 1998.
- PAVLAKOS, Georgios. “The special case thesis. An assessment of R. Alexy’s discursive theory of law”. Ratio Juris, vol. 11, n. 2, junho de 1998.
- PEDRON, Flávio Quinaud. “Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin”. Revista CEJ, n. 30, jul/set. 2005.
- PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, L.. Traité de l’argumentation – la nouvelle rhétorique. Bruxelas: Éditions de l’Université de Bruxelles, 1983.
- PERELMAN, Chaïm. Droit, Morale et Philosophie. Paris: LGDJ, 1976.
- PERELMAN, Chaïm. Le champ de l’argumentation. Bruxelas: Presses Universitaires de Bruxelles, 1970.
- PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica (trad. Virgínia Pupi). São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PETERS, Anne. Women, Quotas and Constitutions. Londres: Kluwer, 1999.
- PETERS, Christopher J.. “Participation, representation and principled adjudication”. Legal Theory, vol. 8, 2002.

- PETTIT, Philip. Republicanism - A Theory of Freedom and Government. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- PHILIPPE, Xavier. Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française. Aix-en-Provence: Economica, 1990.
- PILDES, Richard H. "Conflicts between American and European views of law: the dark side of legalism". Virginia Journal of International Law, n. 44, 2003-2004.
- PINILLA, Ignacio Ara- "Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad" **in** García San Miguel (ed). El Principio de Igualdad. Madrid: Universidad de Alcalá de Henares, 2000.
- PORAT, Iddo. Balancing in constitutional law: a suggested analytical framework applied to American Constitutional Law. Tese de doutorado, Stanford University, 2003.
- PULIDO, Carlos Bernal. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- QUEIROZ, Cristina M. M.. Direitos fundamentais (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. (trad. Cabral de Moncada). Coimbra: Arménio Amado Editor, vol II, 1961.
- RENTERÍA, Araújo. "Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales – crítica". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. vol. único, 2006.
- RENTTO, J. –P.. "Aquinas and Alexy: A perennial view to discursive ethics". American Journal of Jurisprudence. n. 36, 1991.
- RIVERO, Jean "Finalidades y límites de la protección de los derechos fundamentales – a modo de síntesis" **in** Louis Favoreu e outros. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales. Madrid, CEC, 1984.
- RIVERO, Jean e MOUTOUH, Hugues. Liberdades Públicas (trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ROACH, Kent, "Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States", International Journal of Constitutional Law (I·CON), vol. 4, n. 2, 2006.
- RODRIGUES, Sandra Martinho. A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin. Coimbra, Almedina, 2005.
- ROMBOLI, Roberto. "Ragionevolezza, motivazione delle decisioni ed ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali" **in** Corte Costituzionale. Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale. Milão: Giuffrè, 1994.
- ROSENFELD, Michel (ed.). Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy –

- theoretical perspectives. Durham: Duke University Press, 1994.
- ROSTOW, Eugene. “The democratic character of judicial review”. Harvard Law Review, vol. 66, n. 2, dezembro de 1952.
- ROY, Jeffrey. “Carolene Products – a game theoretic approach” **in** Brigham Young University Law Review n. 53, 2002.
- RUGGERI, Antonio. “Balances entre valores constitucionales y teoria de las fuentes”. Teoria y Realidad Constitucional, n. 12-13, 2003-2004.
- SALAVERRÍA, Juan Igartua. La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2003.
- SANCHÍS, Luis Prieto. “El Constitucionalismo de los derechos”. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 71, maio-agosto de 2004.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores, 2002.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madri: Editorial Trotta, 2003.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Ley, principios, derechos. Madri: Dykinson, 1998.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- SANTOS, Gustavo Ferreira dos. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Rio: Lumen Juris, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, **in** Ingo Wolfgang Sarlet (ed.) A Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. “O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade”. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001 Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 1º de abril de 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.
- SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SCALIA, Antonin. “The Rule of law as a law of rules”. The University of Chicago Law Review. n. 56, 1989.
- SCHAUER, Frederick (“Speech and speech obscenity and obscenity: an exercise in the interpretation of constitutional language”. The Georgetown Law Journal. n. 67, 1978-1979.
- SCHEPPELE, Kim Lane. “Democracy by Judiciary (or why courts can sometimes be

- more democratic than parliaments)”. Conferência em simpósio sobre cortes constitucionais na Universidade Washington em 1 a 3 de novembro de 2001. O texto foi acessado em 18 de fevereiro de 2008 no sítio da internet <http://law.wustl.edu/higls/index.asp?id=1786>.
- SCHLINK, Bernard. “German constitutional culture in transition”. Cardozo Law Review, n. 14, 1992-1993.
- SCHLINK, Bernard. “Liberdade mediante resistência estatal – reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais”. Tradução inédita de Leonardo Martins (mimeo). Artigo publicado originalmente, em alemão, na Europäische Grundrecht-Zeitschrift 1984.
- SCHLINK, Bernard. “The dynamics of constitutional adjudication”. Cardozo Law Review, vol. 17, 1995-1996.
- SCHMITT, Carl. “La tirania de los valores”. Revista de Estudios Políticos, janeiro-fevereiro de 1961.
- SCHMITT, Carl. O guardião da constituição (trad. Geraldo de Carvalho). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madri: Alianza Editorial, 2001.
- SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (trad. e org. Leonardo Martins). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.
- SEGADO, Francisco Fernández. “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional”. Revista de Informação Legislativa, n. 121, janeiro-março de 1994.
- SEONE, José Antonio. De la argumentación jurídica a la hermeneutica. Granada: Editorial Comares, 2003.
- SESMA, Victoria Iturralde. Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- SHAPIRO, Martin, and SWEET, Alec Stone. On Law, Politics, and Judicialization. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- SIECKMANN, Jan-R.. El modelo de los principios de derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”. Revista do Tribunais, v. 798, abril de 2002.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “Princípios e Regras”. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n. 1, 2003.
- SMOLA, Rodney. “Privacy and the first amendment right to gather news”. George Washington Law Review, n. 67, 1998-1999.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
- SOUSA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria constitucional e democracia deliberativa.

- Rio: Renovar, 2006.
- SPECTOR, Horacio. "Judicial review, rights and democracy". Law and Philosophy, n. 22, 2003.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.
- STUMM, Raquel Denize. Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995.
- SULLIVAN, Kathleen. "The Supreme Court 1991 term – foreword: the justices of rules and standards". Harvard Law Review, n. 22, 1992-1993.
- SWEET, Alec Stone e MATHEWS, Jud. "Proportionality, balancing and global constitutionalism". Yale Law School Faculty Scholarship Series, 2008, paper 14, p. 40. Conteúdo disponível em <http://lsr.nellco.org/yale/fss/papers/14>, acessado em 30 de abril de 2008.
- SWEET, Alec Stone. "Why Europe Rejected American Judicial Review". Michigan Law Review, n. 101, 2002-2003.
- SWEET, Alec Stone. Governing with Judges. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- TAPIA, Ramón Martínez. Igualdade y Razoanabilidad en la Justicia Constitucional Española, Almería: Universidade de Almería, 2000.
- TREMBLAY, Luc. "Deliberative Democracy and liberal rights". Ratio Juris, vol. 14, n. 4, dez 2001.
- TREMBLAY, Luc. "The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures". International Journal of Constitutional Law (I-CON), vol. 3, n. 4, 2005.
- TRIBE, Laurence H. American Constitutional Law. Mineola: Foundation Press, 1988.
- TUSHNET, Mark. "Anti-formalism in recent constitutional theory". Michigan Law Review, vol. 83, 1984-1985.
- VALDÉS, Roberto Blanco, El Valor de la Constitución. Madri, 1998.
- VALE, André Rufino do, "Aspectos do neoconstitucionalismo". Revista Direito Público. Porto Alegre: Síntese/IOB/IDP, n. 14, 2007.
- VERDU, Pablo Lucas "¿Una polémica obsoleta o una cuestión recurrente?: Derecho constitucional vesus derecho político". Teoría y Realidad Constitucional. México: UNED, n. 3, 1º sem., 1999.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição e sua reserva de justiça. São Paulo: Malheiros, 1999.
- WALDRON, Jeremy. "Some Models of Dialogue Between Courts and Legislatures". Supreme Court Law Review, n. 7, 2004.
- WESTEN, Peter. Speaking of Equality. Princeton: Princeton University Press, 1990.
- XYNOPOULOS, George. Le contrôle de proportionnalité dans de contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre. Paris: LGDJ, 1995.

- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madri: Trotta, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. Historia y constitución. Madri: Trotta, 2005.
- ZURN, Christopher. "Deliberative Democracy and Constitutional Review". Law and Philosophy. Londres: Kluwer, n. 21, 2002.