

Teoria da ponderação de valores como restrição indevida à atuação do poder legislativo

Alexis Mendonça Cavichini T. de Siqueira

Dissertação de Mestrado em Direito

Especialização em Ciências Jurídico-Políticas

Orientação: Prof. Doutora Daniela Serra Castilhos

Maio, 2019



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Do conhecimento à prática.

Alexis Mendonça Cavichini T. de Siqueira

Teoria da ponderação de valores como restrição indevida à atuação do poder legislativo

Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Portucalense Infante D. Henrique para obtenção do grau de Mestre em Direito *especialização em Ciências Jurídico-Políticas*, sob a Orientação da Professora Doutora Daniela Serra Castilhos

Departamento de Direito

Maio, 2019



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Dedico este trabalho à minha família,
pelo apoio incondicional em minha vida
acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores da Universidade Portucalense. Agradeço em especial a professora Orientadora, a Doutora Daniela Serra Castilhos, que contribuiu de maneira incansável para o aperfeiçoamento deste trabalho. Agradeço ainda a toda a equipe da direção acadêmica e aos demais alunos.

RESUMO

Este estudo tem por objetivo averiguar os efeitos da Teoria da Ponderação de Valores na justificação da ampliação do poder político do Judiciário. A pesquisa se classifica como dedutiva e descritiva, pautada no levantamento bibliográfico. Contextualiza-se o Poder Legislativo a partir de uma análise clássica, para em seguir apresentar a Teoria da Separação dos Poderes. Destaca-se o surgimento do parlamento no Brasil. Apresentam-se as Teorias Discursivas do Direito de Hart e Dworkin. É objeto de análise a Teoria da Ponderação de Robert Alexy e os seus fundamentos. Verifica-se como o ordenamento jurídico brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal, recepciona a teoria de Alexy. Aborda-se criticamente o ativismo judicial, que compromete a representatividade do Poder Legislativo e conduz os pronunciamentos do Judiciário para um viés político. Demonstra-se a importância de se reconciliar a teoria em análise com a representatividade do legislativo, como forma de efetivamente consagrar os anseios de um Estado Democrático de Direito. Constata-se que a Teoria da Ponderação de Valores é abusivamente utilizada pelos operadores do direito, para justificar um exacerbado poder político nas mãos do Judiciário, que tem como função precípua aplicar as leis gerais e abstratas ao caso concreto. Em meio a esse cenário há o enfraquecimento do Legislativo no que tange à representatividade, o que precisa ser revisto pela adoção de critérios para a aplicação da Teoria da Ponderação.

Palavras-chave: Ponderação de Valores, Alexy, Dworkin, Judiciário, Legislativo.

ABSTRACT

This study aims to investigate the effects of the Theory of Weighting of Values in justification of the expansion of the political power of the Judiciary. The research is classified as deductive and descriptive, based on the bibliographic survey. The Legislative Power is contextualized from a classical analysis, and then the theory of Separation of Powers is approached. It is worth highlighting the emergence of the parliament in Brazil. Hart and Dworkin's Discursive Law Theories are presented. We discuss Alexy's Theory of Weighting and its fundamentals. It is verified how the Brazilian legal system, especially the Federal Supreme Court, receives Weighting Theory. Judicial activism is critically approached, which compromises the representativeness of the Legislative Branch and leads the Judiciary pronouncements to a political bias. It is demonstrated the importance of reconciling the Theory of Weighting as a way to effectively achieve the aspirations of a Democratic State of Law. It is verified that the Theory of Weighting of Values is abusively used by legal experts, to justify an exacerbated political power in the hands of the Judiciary, whose primary function is to apply the general and abstract laws to the concrete case. In the midst of this scenario there is the weakening of the Legislative regarding representativity, which needs to be revised by the adoption of criteria for the application of the Weighting Theory.

Key words: Weighting of Values, Alexy, Dworkin, Judiciary, Legislative.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. TEORIAS DISCURSIVAS DO DIREITO	9
1.1 As Acepções de Hart e Dworkin sobre as teorias discursivas.....	16
1.2. A origem da teoria da ponderação de valores	20
1.3. Teoria da ponderação na visão de ALEXY.....	23
2. A RECEPÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS	29
2.1 O Método de aplicação da teoria da ponderação	30
2.2 Aplicação da proporcionalidade em sentido estrito no âmbito do poder Judiciário Brasileiro	33
3. PODERES DO LEGISLATIVO EM UMA VISÃO CLÁSSICA	40
3.1 Da evolução do pensamento sobre as formas de Governo.....	40
3.2 Breves considerações acerca da separação de poderes	41
3.3 Do Poder Legislativo	43
3.3.1 A História do Parlamento no Brasil.....	46
3.3.2 Estrutura do Poder Legislativo	49
4. A INSTÂNCIA DE DECISÃO FINAL DA SOCIEDADE ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO	52
5 UMA TENTATIVA DE RECONCILIAÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO COM A ORDEM DEMOCRÁTICA LEGISLATIVA	73
6. CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 consagrou, como forma de Estado, o sistema federativo, em que todos os entes possuem autonomia e capacidade de auto-organização, ou seja, a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios não apresentam subordinação em relação aos outros.

De igual forma, o constituinte consagrou o princípio da separação dos poderes, onde Executivo, Judiciário e Legislativo possuem atribuições típicas e exercem o sistema de freios e contrapesos, já que devem atuar de forma independente e harmônica.

O Poder Legislativo é de suma importância para o Estado, pois tem como funções precípuas criação de leis e a fiscalização do poder executivo. Dessa maneira, pode-se perceber que é através especialmente da atuação desse poder que a ordem jurídica é alterada, de forma a refletir os anseios populares do momento.

Apesar dessa representatividade popular, o poder legislativo parece ter sua atuação diminuída em tempos recentes, em especial com a adoção de teorias como a da ponderação por parte do judiciário.

É nesse contexto que se situa o presente estudo, que tem por objeto averiguar os efeitos da Teoria da Ponderação de Valores na ampliação do poder político do Judiciário no Brasil, onde essa teoria tem tido larga utilização, não apenas pelo Tribunal Constitucional, mas também por outras instâncias.

Ampla utilização dessa teoria por parte do judiciário brasileiro tem atraído a atenção do poder legislativo, que possui uma visão de que está tendo suas atribuições restringidas de forma indevida pelo poder judiciário, por conta de uma atuação expansiva deste. Esse trabalho busca exatamente averiguar se tal ocorre, porém de forma jurídico-científica. Busca ainda reconciliar as modernas teorias discursivas com a representatividade parlamentar.

O presente trabalho possui como objetivos analisar a importância do poder legislativo como instância de representação popular, analisar os fatores que levaram a criação da teoria da ponderação, contextualizar a utilização da teoria da ponderação por parte do judiciário brasileiro, bem como tentar chegar a uma harmonização dessa teoria com a ordem democrática legislativa.

Adota-se, como método para a elaboração da pesquisa, no que tange ao método de abordagem, o dedutivo; e, quanto ao método de procedimento, a pesquisa se

classifica em descritiva. No que diz respeito à técnica de pesquisa, esta se classifica como documental indireta, pautada no levantamento bibliográfico, já que se busca na doutrina e legislação, precipuamente, elementos para a compreensão do tema proposto.

Assim, divide-se o estudo em seis capítulos. O primeiro capítulo é exatamente a presente introdução.

No segundo capítulo abordam-se as teorias discursivas do Direito, com fundamento em Hart e Dworkin, adentrando, em seguida, na origem da Teoria da Ponderação e, em seguida, mostra-se essa teoria na visão de Alexy.

No terceiro capítulo trata-se da recepção da Teoria da Ponderação no âmbito dos Tribunais Superiores Brasileiros, o STF e o STJ, buscando evidenciar como foi dado no Brasil a recepção dessa teoria na prática judicante.

No quarto busca-se contextualizar o Poder Legislativo em sua visão clássica, ficando demonstrada a importância desse poder como instância de representação popular. Esse capítulo é de grande importância para o encadeamento lógico do presente trabalho, pois o que se visa demonstrar é exatamente a capacidade de representação popular do legislativo, que pode ser por vezes diminuída pela atuação do judiciário.

No quinto capítulo busca-se compreender os efeitos da Teoria da Ponderação no âmbito do Poder Legislativo, a partir de uma análise crítica, demonstrando que o ativismo jurídico acaba por comprometer a instância que deve ser a representação máxima da vontade popular, qual seja, o Legislativo.

Por derradeiro, no sexto capítulo, busca-se demonstrar a importância de se reconciliar a Teoria da Ponderação com a representação democrática parlamentar.

1. TEORIAS DISCURSIVAS DO DIREITO

Tratar das teorias discursivas clama, inicialmente e de forma breve, que se aborde a problemática da hermenêutica na atualidade.

Deve-se entender que as teorias discursivas do direito tiveram como primeira origem o chamado “giro linguístico” da filosofia, ocorrido na primeira metade do século XX, que teve como grande expoente Ludwig Wittgenstein.¹

Essa maior atenção da filosofia à linguagem acabou por repercutir no âmbito do direito. Preocupados com a efetividade da Constituição, os juristas começaram buscar transcender os cânones clássicos hermenêuticos.

Isso ocorreu também no Brasil. A falta de efetividade da Constituição brasileira sempre foi problema crônico decorrente do não reconhecimento da força normativa de seu texto e da falta de vontade política para a sua aplicação, conforme discorre Barroso:

A experiência política e constitucional do Brasil, da independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com sua gente e com seu destino. Quase dois séculos de ilegitimidade renitente do poder, de falta de efetividade das múltiplas Constituições e de uma infundável sucessão de violações da legalidade constitucional. Um acúmulo de gerações perdidas.²

As constituições podem ser classificadas, conforme classificação de Karl Loewenstein, em normativas, onde há sintonia entre o texto constitucional e a realidade; nominativa, onde existe certa sintonia, porém não perfeita; e em semântica, onde não há congruência entre o texto e a realidade. As Constituições brasileiras anteriores podiam ser classificadas nesse último grupo.³ Assim, existe uma ânsia de concretização da Constituição atual.

Outra forma possível de classificação das constituições é conforme sua rigidez, que por sua vez se divide em flexível, onde as normas constitucionais podem ser revisadas pelo mesmo modo em que se prolatam normas ordinárias; rígida, onde para sua revisão é necessário um método distinto das normas ordinárias; e, finalmente, em semi-rígida, onde uma parte da Constituição pode ser revista da mesma maneira das normas ordinárias e outra parte exige método específico.⁴

¹ STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2014, p. 243.

² BARROSO, Luís Roberto (Org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 328.

³ MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 7ª edição. Salvador: Jus Podium, 2019, pp. 46-47.

⁴ SILVA, Maria Manuela Magalhães; ALVES, Dora Resende. *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política*. 3.ª edição. Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p. 51.

A nova hermenêutica nasceu como instrumento necessário à aplicação do Direito Constitucional, juntamente com o pós-positivismo jurídico, reabilitando a argumentação jurídica e desenvolvendo uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.⁵ Surgiu como alternativa à hermenêutica tradicional, que se mostrou ineficiente para consecução dos objetivos propostos na Constituição de desenvolvimento social e econômico.

A hermenêutica tradicional estava muito ligada ao Estado liberal. Como é de conhecimento comum, este Estado foi substituído por um Estado cada vez mais interventor, com uma nova ordem de valores.⁶

Assim, ocorreu uma mudança de paradigma no status das normas constitucionais que ocorreram durante o século XX. A respeito disso, muito bem explica o seguinte trecho:

Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século XIX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.⁷

A proposta da nova hermenêutica neste sentido traz em si como condição essencial, a interpretação da legislação infraconstitucional conforme a Constituição, adaptando-se às mudanças contemporâneas, ou seja, é reconhecido o caráter normativo e vinculativo da Constituição. Os princípios constitucionais deixam de ser vistos como apenas uma recomendação ou um programa político que poderá ser seguido pelo legislador, e passam a ser interpretados como uma norma jurídica que possui aplicabilidade.⁸

A crescente complexidade das relações humanas que marcou os últimos anos do século XX e o início do século XXI trouxe a necessidade de transformações nas técnicas de interpretação jurídica. Ampliou-se a liberdade e o poder conferidos ao intérprete que, com maior espaço de determinação do sentido das normas, cada vez mais tem que se esforçar para resolver situações de direitos conflitantes previstos no sistema jurídico,

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. IN: Jus Navegandi. Teresina, a. 9, n. 851, nov. 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 487.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.

⁸ FERREIRA, Natália Braga. *Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy*. Revista eletrônica do curso de Direito – PUC Minas Serra, n. 2, 2010, pp. 117-140. ISSN 2176-977X. [consult. 7 abr 2019]. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerra/article/view/1290>

mantendo a unidade da Constituição e preservando as normas envolvidas nas situações de antinomia.⁹

A hermenêutica tradicional pode ser caracterizada como técnica de interpretação puramente lógica, subsuntiva e pragmática, já a nova hermenêutica tem como característica a evidenciação do papel do intérprete e a aplicação dos princípios fundamentais do direito.

A hermenêutica tradicional, dominante ainda hoje como técnica de interpretação jurídica, tem como base as teorias objetiva e subjetiva que consideram o texto literal da lei e a vontade do legislador, aplicados através dos cânones tradicionais, definidos primeiramente por Savigny, em sua obra máxima¹⁰, denominados de gramatical, lógico, histórico, sistemático e o teleológico.

Importante salientar que a “ciência do direito, apartada da Filosofia jurídica, começa indiscutivelmente com Friedrich Carl Von Savigny(..)”¹¹, daí a importância de tal obra.

O processo de interpretação por subsunção é herdeiro direto da lógica aristotélica. Aristóteles, em seu livro “Órganon”, que trata de lógica, diz que o argumento consiste em 3 preposições: 2 premissas e uma conclusão.¹² Esse seria o silogismo dialético, consistente exatamente da premissa maior, da premissa menor e da conclusão. A premissa maior na hermenêutica clássica do direito é a lei, a menor o fato e conjungando-se ambos, chega-se a uma conclusão.

O processo descrito por Savigny é caracterizado pela pressuposição de plenitude da lei e sua interpretação literal. Nesta sistemática, o pragmatismo e a dogmática são exagerados e a interpretação estaria limitada à função meramente declarativa; não se fala na função constitucional de realizar os direitos sociais e fundamentais. O Estado aparece como única fonte do Direito.¹³

Sobre a forma tradicional de interpretação, assim afirma Streck:

[...] pela dogmática jurídica de cariz positivista-formalista – ainda acreditam que interpretar é desvendar o sentido unívoco da norma (sic.), ou, que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, sendo tarefa precípua do intérprete

⁹ BARCELLOS, Ana Paulo de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 51.

¹⁰ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema del derecho romano Actual*. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 96.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2018. P. 520.

¹² ARISTÓTELES. *Órganon*. 3ª edição. São Paulo: EDIDRO, 2016, p. 369.

¹³ RODRIGUES DE OLIVEIRA, Daniel Natividade ; TOMAZINE, Fernando Fabro. *Hermenêutica jurídica e a efetividade dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi (Online), v. 14, p. 2434, 2010. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=14418>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

procurar a significação correta dos conceitos jurídicos (sic.), ou que interpretar é buscar o verdadeiro sentido da norma, ou ainda, que interpretar é retirar da norma tudo o que nela contém (sic.), tudo baseado na firme crença de que os métodos de interpretação são um caminho seguro para alcançar corretos sentidos, e que os critérios usuais de interpretação constitucional equivalem aos métodos e processos clássicos, destacando-se dentre eles, o gramatical, o lógico, o teleológico objetivo, o sistemático e o histórico (sic.); finalmente, para o total desespero dos que, como eu, são adeptos da hermenêutica filosófica, acredita-se que ainda é possível descobrir a vontade da norma (o que isto significa ninguém sabe explicar) e que o legislador possui um espírito (sic.)!¹⁴

Os métodos tradicionais de interpretação são atualmente entendidos como insuficientes. Os critérios positivistas são substituídos por outros critérios, mais voltados à compreensão do direito à luz da Constituição.¹⁵

O modelo de interpretação aplicado pelo positivismo tradicional, que separa o ato de interpretar do momento da aplicação ao caso concreto, perde sua validade com a concepção da nova hermenêutica. São os casos concretos que fornecem os elementos para a construção do sentido da norma.

A estrutura rígida das normas e a mera subsunção como processo interpretativo estão superados.

Acerca da hermenêutica tradicional afirmam Rodrigues de Oliveira e Tomazine:

A hermenêutica jurídica tradicional tem um firme compromisso com a reprodução de sentidos vazios de significado, permanecendo presa a métodos concebidos há mais de dois séculos e que não dão conta da necessidade de criação de um direito que atenda aos anseios de uma sociedade onde impera profundo desequilíbrio de forças.¹⁶

Considerando-se as ideias pós-positivistas constitucionalizantes da supremacia da Constituição e a sua aplicação direta e imediata, tornou-se necessário o desenvolvimento de técnicas e instrumentos próprios para aplicação da nova interpretação constitucional. No modelo de interpretação tradicional, a “subsunção” tem papel de destaque; já a nova interpretação, existe grande destaque aos princípios, que são interpretados conforme processos argumentativos. Essa nova interpretação se encontra no âmbito do que se chama de “pós-positivismo jurídico”.¹⁷

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Ontem, os códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo*. Revista Brasileira de Direito/Faculdade Meridional, Passo Fundo: IMED, ano 1, n. 2, p. 97-147, 2006, p. 98.

¹⁵ *Ibidem*, p. 192.

¹⁶ RODRIGUES DE OLIVEIRA, Daniel Natividade; TOMAZINE, Fernando Fabro. *Hermenêutica jurídica e a efetividade dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi (Online), v. 14, 2010. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=14418>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

¹⁷ LOZADA, Alí. *El Postpositivismo de la “optimización” sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy* DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39 (2016) ISSN: 0214-8676, pp. 227-252. [consult. 4 Abr 2019]. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.12>

Na nova interpretação é dado grande importância aos princípios, que passam a ter lugar de destaque, conforme pontua Josér Armando Júnior:

Os princípios, na linha de pensamento pós-positivista, prestam-se assim a diluir elementos morais no ordenamento jurídico, contribuindo para uma proveitosa articulação entre equidade e segurança jurídica, uma vez que as decisões judiciais não mais precisariam recorrer a elementos extrínsecos ao ordenamento jurídico, metafísicos talvez, na ausência de uma regra específica a regular um dado caso concreto posto sob apreciação jurisdicional.¹⁸

Segundo o ideário da nova hermenêutica, somente pela compreensão é possível interpretar. A compreensão é condição da interpretação e da superação do “sentido comum teórico” (que apenas aplica o Direito, reproduzindo-o a partir de prejuízos sem pertinência com a realidade). Interpretar é superar pré-juízos para a construção de um sentido novo, que se volta para a concretização dos preceitos jurídicos.¹⁹

Sobre o tema, também lecionam Rodrigues de Oliveira e Tomazine:

Uma hermenêutica voltada à concreção dos direitos fundamentais funda-se no reconhecimento da força normativa dos princípios contidos na Constituição, bem como na necessidade de o juiz construir o sentido da norma frente ao caso concreto submetido a seu exame, tendo sempre em vista os objetivos do Estado Democrático de Direito.²⁰

Streck²¹ aponta para a crise na hermenêutica jurídica, chamando a atenção aos paradoxos criados quanto à aplicação e eficácia das leis brasileiras, sob o manto do sentido comum teórico, relacionado diretamente com o ensino nas escolas de Direito. Alerta ainda ao fato de as faculdades de Direito apenas reproduzirem os códigos e os juízes e tribunais proferirem decisões pragmático positivistas continuadas, com citações jurisprudenciais repetidas descontextualizadas. O Direito ensinado nas escolas está desconectado com as realidades sociais.

O autor também critica a utilização da doutrina como fonte do Direito, visto que as interpretações são pessoais e sempre baseadas em valorações, resultando em uma “política jurídica encoberta das classes dominantes”. Essa importância dada à

¹⁸ DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. *Princípios, regras e proporcionalidade: Análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy*. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito – UFC, 2007, v. 27, pp. 177-199, ISSN 1807-3840. [consult. 6 abr 2019]. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20425>

¹⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 273-280

²⁰ RODRIGUES DE OLIVEIRA, Daniel Natividade; TOMAZINE, Fernando Fabro. *Hermenêutica jurídica e a efetividade dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi (Online), v. 14, 2010. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=14418>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

²¹ STRECK, *Op. Cit.*, p. 64.

autoridade acarreta uma uniformização de sentidos e a imposição de significações como legítimas, impedindo o processo de elaboração do conhecimento.²²

Barroso²³ explica a interpretação conforme a Constituição transformando-a em princípio de interpretação e também em técnica de control de constitucionalidade. Assim, toda a interpretação jurídica deve ser também uma interpretação constitucional devendo o intérprete aplicar a Constituição diretamente, quando a norma se originar do próprio texto constitucional; e indiretamente quando, ao aplicar a norma infraconstitucional, proceder à verificação se esta é compatível com a Constituição ou para orientar o seu sentido e alcance.

A interpretação conforme a Constituição pode ser decomposto da maneira que propõe Barroso:

[...] 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outras ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a um resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.²⁴

Tal interpretação “destina-se à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, de forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais”.²⁵

Em outras palavras, pode-se dizer que a interpretação conforme a Constituição é a mola mestra da constitucionalização do Direito, que envolve a determinação do sentido da norma e a sua incidência ou não sobre o caso concreto, bem como uma averiguação acerca de sua constitucionalidade, com a consequente exclusão ou não daquela interpretação dada.²⁶

O sentido que deve ser dado à interpretação conforme a Constituição, conforme observam Rodrigues de Oliveira e Tomazine, tem como finalidade a realização dos direitos fundamentais:

²² STRECK, *Op. Cit.*, pp. 68-69.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 273.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 194.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 302.

²⁶ Para maiores detalhes a respeito da interpretação conforme, recomendamos a obra de Gilmar Mendes: MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

A nova hermenêutica apresenta-se como uma atividade interpretativa que tem um firme compromisso com a efetividade da Constituição, traduzindo-se em um paradigma apto a garantir a efetividade dos direitos fundamentais, permitindo ao direito cumprir seu papel social.²⁷

Não há interpretação pura, partindo-se de algum método para extrair o sentido da norma. O sentido é construído no momento da concretização da norma, da aplicação do texto. E, ainda, todo o processo de compreensão resulta de uma pré-compreensão. É o círculo hermenêutico.²⁸ A pré-compreensão é uma condição de possibilidade para a compreensão e a interpretação.

O texto jurídico apenas possui sentido quando é interpretado. A interpretação dependerá da pré-compreensão do intérprete. Para essa compreensão deverá haver um confronto com a sociedade para a qual a Constituição é dirigida.

Assim,

[...] uma baixa compreensão acerca do sentido da Constituição - naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito - inexoravelmente acarretará uma baixa aplicação, com efetivo prejuízo para a concretização dos direitos fundamentais.²⁹

E o autor ainda observa:

[...] é possível afirmar que se o intérprete possui uma baixa pré-compreensão, isto é, se pouco ou quase nada sabe a respeito da Constituição (e, portanto, da importância da jurisdição constitucional, da teoria do Estado, da função do direito, etc.), estará condenado à pobreza de raciocínio, ficando restrito ao manejo dos velhos métodos de interpretação e do cotejo de textos jurídicos no plano da (mera) infraconstitucionalidade. Por isso, não raro, juristas e tribunais continuam a interpretar a Constituição de acordo com os Códigos e não os códigos em conformidade com a Constituição!³⁰

Streck³¹ ainda fala em “teto hermenêutico” de sentido consubstanciado pelo “sentido comum teórico”. Porém, se a norma é produto da interpretação do texto e o intérprete sempre atribui sentido ao texto, não se pode, entretanto, dizer qualquer coisa sobre este, visto que o texto limita a concretização e não permite decidir arbitrariamente em qualquer direção.

²⁷ RODRIGUES DE OLIVEIRA, Daniel Natividade; TOMAZINE, Fernando Fabro. *Hermenêutica jurídica e a efetividade dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi (Online), v. 14, 2010. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=14418>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

²⁸ Sobre círculo hermenêutico, veja em especial o trabalho de GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 15ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2017.

²⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 107.

³⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 108.

³¹ *Ibidem*, p. 110.

A nova hermenêutica mostra-se apta para tratar do problema das lacunas do direito e garantir a efetividade dos direitos fundamentais, construindo o sentido das normas conforme os valores protegidos pela Constituição e o contexto que envolve a sua aplicação.³² Essa doutrina seria ainda, caracterizada por um principialismo, ou seja uma grande utilização de princípios.

A jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito deve considerar sempre o Direito como fator de transformação social, não se podendo deixar de lado o papel constituidor, dirigente e compromissário da Constituição, comumente esquecido pelo “sentido comum teórico”, e acarretador da baixa constitucionalidade.³³

No Brasil, a baixa aplicação da Constituição, decorrente da não superação do paradigma positivista pelo neoconstitucionalismo, pode ser verificada, conforme observa Streck³⁴, pela pouca utilização dos mecanismos legais de controle de constitucionalidade.

1.1 As Acepções de Hart e Dworkin sobre as teorias discursivas

Para Herbert Hart, em sua obra *O Conceito do Direito*³⁵ na maioria dos casos não se exige do intérprete uma ação intelectual mais elaborada, já que estes se repetem com frequência assustadora, consistindo a atividade interpretativa em algo mecânico. Nos casos difíceis (*hard cases*), onde a lei é omissa ou confusa, a atividade interpretativa demandaria certo grau de discricionariedade, onde várias considerações dos realistas³⁶ estariam corretas.

Segundo Hart, “[...] a subsunção e a extração de uma solução silogística já não caracterizam o cerne do raciocínio implicado no que é a coisa certa a se fazer”.³⁷ Em meio a esse cenário, portanto, o intérprete goza de certa discricionariedade, podendo escolher dentre várias opções oferecidas pelas norma abstrata. Contudo, a discricionariedade não implica em escolha arbitrária, irracional, pois deve sempre ser pautada na norma jurídica.

³² RODRIGUES DE OLIVEIRA, Daniel Natividade. *Princípio jusfundamental do trabalho digno como do princípio jusfundamental da dignidade humana*. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2007, p. 67.

³³ BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *Nas Fronteiras da Argumentação*. 2ª edição. Salvador: Editora Jus Podium, 2018, p. 40.

³⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 119.

³⁵ Para entender o conceito de direito em Hart, Vide a obra: HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. ISBN 9723106922.

³⁶ São alguns dos principais autores do realismo jurídico: Karl N. Llewellyn, Jerome Frank e Felix S. Cohen.

³⁷ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 139.

Por outro lado, nos casos mais difíceis, que se encontram na penumbra, de aplicação das regras de textura aberta, Hart dá razão aos realistas, defendendo que as decisões, especialmente as judiciais, são mesmo discricionárias.

Já o projeto de Dworkin é construído a partir da teoria da decisão judicial que não deixaria espaço para a discricionariedade judicial, ao menos no sentido admitido por Kelsen e Hart. Interessante notar que Dworkin substituiu Hart na cátedra de jurisprudência na universidade de Oxford, de maneira que é natural que seu trabalho tenha tido como ponto de partida o trabalho do colega.³⁸³⁹

Para Dworkin, a conceituação do Direito como um sistema de regras, ainda que elaborada de forma extremamente sofisticada – como o fez Hart, a partir do estabelecimento de uma regra de reconhecimento que confere validade a todas as demais – é insuficiente para compreender o fenômeno jurídico, gerando distorções como a teoria da discricionariedade judicial.

A questão da interpretação é formulada por Dworkin a partir de uma discussão muito precisa e até muito sutil do paradoxo que é constituído pelos casos difíceis (*hard cases*), considerado por Ricoeur como “uma estratégia cujo ponto de partida está na perplexidade que nasce da ponta da prática efetiva do juiz e, daí, se eleva a considerações gerais referente à coerência da prática judiciária”⁴⁰.

A teoria das normas como princípios, distintos das normas-regras, deve-se aos estudos de Dworkin. Um princípio e uma regra assemelham-se, segundo esse autor, porquanto ambos estabeleçam obrigações jurídicas, se estremam no aspecto do tipo de diretiva que apresentam. 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 de que dela resulta deve ser aceita, ou não é válida, e não contribuirá em nada para a decisão”.⁴¹ Já os princípios jurídicos não desencadeiam consequências jurídicas que seguem automaticamente do fato. Isso porque eles possuem uma dimensão específica, diferente das regras. Os princípios possuem a dimensão do peso.

³⁸ LEGALE, Santiago. *HLA Hart and the making of the New Natural law theory*. Jurisprudence, 8:1, pp.82-98 [consult. 6 abr 2019]. DOI: <https://doi.org/10.1080/20403313.2016.1148432>

³⁹ Nesta mesma época, Oxford tinha entre seus professores e estudantes diversos nomes que se notabilizaram na área da teoria do direito, além de Hart e Dworkin, tais como Joseph Raz, Neil MacCormick e John Finnis.

⁴⁰ RICOEUR, Paul. *O Justo, vol. 1: a justiça como regra moral e como instituição*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 155.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

Quando os princípios entram em colisão, por haver mais de um aplicável, “deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um”.⁴² Isso, admitidamente, não se faz por critérios de mensuração exatos, mas segundo a indagação sobre quão importante é um princípio numa situação observada.⁴³

Para Dworkin, quando advogados debatem e juízes decidem casos difíceis⁴⁴, assim considerados quando “nenhuma das disposições legais extraídas das leis existentes parece constituir a norma sob a qual o referido caso poderia ser situado”,⁴⁵ eles também fazem uso de critérios que não são propriamente regras, mas princípios e políticas (*policies*). Por políticas o autor entende diretrizes, metas a serem atingidas pelo governo, geralmente para a melhoria de algum aspecto econômico ou social da comunidade.⁴⁶ Os princípios, por sua vez, possuem uma dimensão moral, uma exigência de justiça, de equidade e de respeito à dignidade humana e devem ser observados pelos juízes porque se relacionam com “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.⁴⁷

A distinção entre regras e princípios feita por Dworkin atende a um propósito de crítica ao positivismo, justamente um ponto-chave para a existência de uma resposta para cada desafio jurídico. Além disso, essa distinção permite, segundo Medina, que se chegue a uma solução diferente de Hart a respeito da existência (ou não) de uma resposta correta aos casos difíceis:

A teoria de que os princípios e as regras seriam espécies qualitativamente distintas de normas jurídicas foi pela primeira vez formulada por Ronald Dworkin, no final da década de 1960. Valeu-se esse autor norte-americano de tal classificação particularmente para objetar a tese positivista de Herbert L. A. Hart, seu antecessor de cátedra na Universidade de Oxford, segundo a qual os casos difíceis ou controvertidos seriam resolvidos discricionariamente pelos juízes, com base nas suas preferências morais, sem a aplicação de norma jurídica alguma. Dworkin rejeita vigorosamente semelhante entendimento. Para esse jurista, mesmo os chamados casos difíceis teriam solução correta, à luz do Direito. E, se Hart não pôde ver isso, foi por ser o seu conceito de Direito demasiadamente estreito.⁴⁸

O positivismo considera que há sempre uma zona de penumbra, caracterizada pela falta de norma encontrável pelos métodos tradicionais para regular a situação mais

⁴² *Ibidem*, p. 42.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 127.

⁴⁵ RICOEUR, Paul. *O Justo, vol. 1: a justiça como regra moral e como instituição*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 155.

⁴⁶ DWORKIN, *Op. Cit.*, p. 36.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Esboço de uma teoria da ponderação independente da teoria dos princípios*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 238, out./dez. 2004, pp. 43-56 [consult. 30 Mar 2019]. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44056>

complexa, hipótese em que o juiz gozaria de discricionariedade para decidir como lhe parecer mais apropriada. Essa discricionariedade seria a contrapartida da inexistência de somente uma resposta correta, extraída do direito posto.

Dworkin não admite a *discricionariedade no sentido forte*, equivalente a uma audaciosa liberdade de escolha de significados normativos, porque defende a tese da completude do Direito. Os princípios, com sua carga moral, proveriam a resposta correta, passível de ser encontrada em situação ideal de discurso. Dworkin, assim, integra os princípios ao sistema jurídico, tornando-os, portanto, princípios do próprio Direito. A esse respeito, Habermas enfatiza a que “a teoria dworkiana apoia-se na premissa segundo a qual há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, porque o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais”.⁴⁹

Dworkin sustenta, assim, inexistir liberdade total, onde os juízes decidiriam a partir de valores externos ao Direito. Esses valores externos seriam, em última análise, seus valores próprios. Para ele, apesar da dificuldade de balancear princípios relevantes para a decisão, o juiz deve assim proceder. Partindo da premissa de que o Direito é mais do que a totalidade das regras legisladas, sendo composto, igualmente, por princípios, Dworkin parte para a tarefa de demonstrar que o sistema de princípios a que se apega é capaz de gerar não soluções diversas igualmente válidas – o que levaria à discricionariedade forte que condena –, mas a uma única solução correta.⁵⁰

Como, porém, justificar a ideia de que sempre há uma resposta válida, sem incidir na arbitrariedade ou na pretensão do juiz de se apresentar como legislador?

É nesse instante crítico que a teoria jurídica encontra o modelo do texto literário, que se exprime na metáfora do romance em cadeia, e entra em cena, no pensamento de Dworkin, a figura por ele imaginada do juiz Hércules, como resume Flávio Pedron: “o jus filósofo de Oxford poderá dizer, em nítida influência gadameriana⁵¹, que os direitos são fruto tanto da história quanto da moralidade”.⁵² Com empenho de sua capacidade inexcedível e sobre-humana, da sua paciência inigualável e da disposição e de um tempo inesgotáveis, Hércules compreenderá o caso em todos os seus lineamentos fáticos e jurídicos, revelando, então, a única solução correta que o caso atrai.⁵³

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 253.

⁵⁰ BRANCO, Paulo Augusto Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 149.

⁵¹ Por “influência gadameriana” deve-se entender por influência da doutrina do filósofo Hans-Georg Gadamer, grande expoente na seara da hermenêutica. Tal filósofo é citado no presente trabalho.

⁵² PEDRON, Flávio Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. Revista CEJ, Brasília, n. 30, pp.70-80, jul.set. 2005. [consult. 1 abr 2019]. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/680>

⁵³ BAPTISTA, Isabelle de. *A desconstrução da técnica da ponderação aplicável aos direitos fundamentais, proposto por Robert Alexy: Uma reflexão a partir da filosofia de Jacques Derrida*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Essa capacidade sobre-humana do “Juiz Hércules” fica ainda mais clara nos chamados “Casos difíceis”:

Para Dworkin, o “caso difícil” (hard case) em que o direito não fornece uma resposta clara é um desafio que se coloca ao juiz e, como o autor admite, uma *tarefa hercúlea*. O juiz é um verdadeiro Hércules, que tem de interpretar o Direito como um todo e construir uma teoria geral sólida do sistema jurídico, que forneça a melhor justificação da solução que adopta, para que a solução encontrada seja a única que é permitida pelo Direito.⁵⁴

Habermas, por sua vez, entende que a resposta correta preconizada por Dworkin sempre será transitória e não definitiva: “a ordem do direito, atribuída a Hércules, teria que ser vista como uma ordem de argumentos *por enquanto* coerentes, construída provisoriamente, à qual se vê exposta à crítica ininterrupta”.⁵⁵

Como crítica ao método de Hércules proposto por Dworkin, temos o reconhecimento por parte do próprio autor de que a subjetividade não é integralmente eliminada. De qualquer maneira, o autor “frisa que é melhor e mais garantístico, do ponto de vista dos direitos, ter um juiz obrigado a procurar uma solução a um caso difícil do que reconhecer que o juiz exerce um poder discricionário (...)”.⁵⁶

Portanto, a realização do direito como integralidade, como previsto por Dworkin, é posto a cargo do juiz “Hércules”. A possibilidade fática de existência de uma figura com a capacidade sobre-humana necessária se mostra bastante difícil, talvez até impossível.

1.2. A origem da teoria da ponderação de valores

A teoria da ponderação de valores teve sua origem ligada ao momento histórico que ensejou sua criação. Como todas as criações das ciências sociais, entender o contexto histórico e a evolução do instituto é de essencial importância para a compreensão do mesmo. Dessa forma, antes de entrar na discussão sobre a teoria da ponderação de valores em si, será feita breve digressão histórica.

Out/Nov/Dez 2010, v. 77, n. 4, ano XXVIII, pp. 96-112. [consult. 2 abr 2019]. Disponível em: <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1086.pdf>

⁵⁴ LEÃO, Anabela Costa. *Em torno dos conceitos de regra e de princípio – A Polêmica entre Hart e Dworkin* In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIRA, Carlos Ferreira de; ALMEIDA, Marta Tavares de. *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 66.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 282.

⁵⁶ LEÃO, Anabela Costa, Op. Cit., p. 70.

A doutrina jurídica dominante no século XIX foi o juspositivismo, que possuía como viga-mestra a crença na completude do direito e na sistematização do ordenamento jurídico. O conhecimento jurídico poderia ser comparado, de acordo com essa doutrina, ao conhecimento científico produzido pelas ciências naturais. O direito deveria então ser separado da moral e dos juízos de valor, se concentrando nos juízos de fato.⁵⁷

Anteriormente ao juspositivismo, a doutrina jurídica que era alardeada pelos intelectuais e pelos juristas, além dos revolucionários, era o jusnaturalismo, que justificava a necessidade das revoluções burguesas,⁵⁸ uma vez que pregava um direito natural superior ao direito posto. O jusnaturalismo era compreendido como ultrapassado no século XIX, por ser pouco científico. No entanto, após o advento da segunda guerra mundial, existiu um retorno doutrinário ao jusnaturalismo, tendo em vista os horrores cometidos, muitas vezes com base legal positivada. Assim, houve um ganho substancial de força dos princípios jurídicos constitucionais, que representariam exatamente algo que seria mais próximo a um direito natural, em contraposição ao direito oriundo das leis postas, que seria meramente “legalista”.

A teoria da subsunção, que pretende adequar os fatos à previsão abstrata, chegando-se a resolução do conflito, não seria adequada para a resolução de diversos casos, especialmente quando em jogo princípios constitucionais, que, por irradiarem efeitos por todo o ordenamento jurídico, devem ter preferência. A Constituição se torna o cânone máximo da interpretação, e o sistema jurídico passa a ser visto como um sistema aberto, superando a posição legalista do positivismo.⁵⁹ Nasce assim o neoconstitucionalismo. Com esse movimento que reforça a ideia da força dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico, começam a aparecer decisões judiciais que aplicam tais princípios na resolução de casos reais. A teoria da ponderação de valores pode ser tida como uma das formas de aplicação dos valores constitucionais às decisões judiciais.

A teoria da ponderação de valores teve a sua origem histórica na sentença do famoso caso Lüth, que foi julgado pela Corte Constitucional Alemã

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 350-351.

⁵⁸ Vide famoso Trecho da Declaração de Independência dos Estados Unidos, de caráter claramente jusnaturalista: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade.”

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 353.

(*Bundesverfassungsgericht*) em 1958. Esse caso pavimentou o caminho para diversas teorias utilizadas hoje na jurisdição Constitucional: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a irradiação dos princípios constitucionais e finalmente, a utilização da ponderação de valores como forma de resolução de casos concretos.⁶⁰

Importante entender o contexto da lide. Veit Harlan era um cineasta que havia tido vínculos com o nazismo, e lançou um filme comercial após a 2ª Guerra. Por conta desse vínculo pretérito do cineasta, o sr. Lüth iniciou uma campanha de boicote a esse filme. O cineasta entrou com uma ação pedindo reparação por perdas por conta do boicote, que é tido como prática anticomercial pelo Código Civil Alemão (BGB). Os Tribunais de piso julgaram o caso favoravelmente ao cineasta.

Assim, trazemos à baila uma importante parte da decisão, que trata precisamente da ponderação de valores:

O direito fundamental **terá que pesar na balança**, sobretudo naqueles casos onde seu uso não se realizar em função de desentendimentos privados, mas naqueles casos onde aquele que se expressa quer, em primeira linha, contribuir para a formação da opinião pública de modo que o eventual efeito de sua expressão nas relações jurídicas privadas de um outro seja somente uma consequência inevitável, mas não represente o escopo por excelência de sua expressão. Justamente neste contexto é relevante a relação entre o propósito e o meio. **A proteção de bem jurídico privado pode e deve ser afastada quanto mais a expressão não for diretamente voltada contra este bem jurídico privado**, nas relações privadas, principalmente nas relações econômicas e na busca de objetivos egoísticos, mas, pelo contrário, se trate de uma contribuição para a luta intelectual das opiniões no contexto de uma questão essencial para a opinião pública, feita por uma pessoa legitimada para tanto; neste ponto existe a presunção pela admissibilidade da livre expressão.

Conclui-se, portanto: Mesmo decisões de um juízo cível, que com fundamento em “leis gerais” do direito civil chegue, em conclusão, a uma limitação da liberdade de expressão, podem violar o direito fundamental do Art. 5 I 1 GG⁶¹. **Também o juiz cível tem que sempre ponderar o significado do direito fundamental em face do valor do bem jurídico protegido pela lei geral para aquele que por meio da expressão fora supostamente ferido.** A decisão só pode brotar desta visão completa do caso concreto, observando-se todos os fatores substanciais. Uma ponderação incorreta pode violar o direito fundamental e assim fundamentar a Reclamação Constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal.⁶² (*grifos nossos*)

Percebemos que a decisão “coloca na balança” a liberdade de expressão protegida constitucionalmente e as regras do direito civil (que, no caso concreto,

⁶⁰ SCHWABE, Jürgen, MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 382.

⁶¹ NOTA: a abreviatura GG quer dizer *GrundGesetz*, ou seja, a Constituição Alemã.

⁶² BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *Decisão (Urteil) do Primeiro Senado de 15 de janeiro de 1958 — 1 BvR 400/51 — in: SCHWABE, Jürgen, MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 393.

limitam esse direito constitucional). Ao fim, entendeu que a liberdade de expressão, protegida constitucionalmente, deveria prevalecer.

1.3. Teoria da ponderação na visão de ALEXY

Após a decisão do Tribunal Constitucional Alemão no caso Lüth, começou a ser desenvolvida doutrinariamente a teoria da ponderação de valores. Neste contexto, destacou-se o autor Robert Alexy, em sua obra “Teoria dos direitos fundamentais” publicada pela primeira vez em 1986. Importante notar que a teoria da ponderação é chamada em algumas traduções de “sopesamento”.

Rafael Simioni contextualiza bem a teoria da ponderação:

A teoria de Robert Alexy constitui um importante avanço pós-positivista do direito. Alexy teve a sensibilidade necessária para observar que, entre o normativismo analítico de Hans Kelsen e as exigências de justiça material das concepções neojusnaturalistas, como a de Gustav Radbruch, existe a possibilidade de uma mediação. Para Alexy, essa mediação pode ser realizada pela argumentação jurídica. A argumentação, assim, constitui o espaço possível para a mediação entre positivismo e jusnaturalismo, forma e matéria, validade formal e legitimidade material, segurança linguística e justiça substancial.⁶³

Para Alexy, em determinadas situações jurídicas os tribunais seriam convocados a decidir entre dois (ou mais) princípios constitucionais que poderiam ser aplicáveis, em tese, ao caso concreto. Dessa maneira, ocorreria uma colisão entre princípios constitucionais. A colisão seria resolvida dando pesos diferentes a cada um dos princípios em jogo. A precedência (o maior peso) de um princípio frente ao outro seria determinada por certas condições.⁶⁴

Seria aplicada a “lei de colisão” que determina a preponderância dos princípios no caso concreto:

Essa lei, que será chamada de “lei de colisão” é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: Em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência, e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.⁶⁵

⁶³ SIMIONI, Rafael. *Economia de colisões: ponderando a teoria da ponderação de Robert Alexy*. Revista do curso de direito da FSG, Caxias do Sul, ano 4, n. 7, jan/jun. 2010, pp. 135-150. [consult. 23 Mar 2019]. Disponível em: <http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/view/602>

⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 95.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 99.

Alexy divide as normas jurídicas em dois tipos: princípios e regras. Ambas teriam formas diferentes de resolução, quando ocorrem colisões de princípios ou quando ocorrem conflitos de regras.

O autor entende que os princípios conteriam um “mandamento de otimização”. Ou seja, o princípio é aplicável na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Assim, o princípio seria sempre (ou quase sempre) aplicável, sendo limitado apenas pela aplicação fática de outro princípio em colisão, que representaria valores opostos.⁶⁶

Após a aplicação de um princípio, mesmo que no caso fático ele não seja utilizado, “sua validade permaneceria intocada, uma vez que eles possuiriam uma pretensão de eficácia *prima facie* e os casos de colisão seriam concretizados em uma regra definitiva apenas através da otimização por ponderação (*optimierende abwägung*) em um caso específico.”⁶⁷

O objetivo da aplicação da colisão dos princípios é encontrar a norma aplicável ao caso concreto. Assim, seriam determinados os direitos definitivos a partir dos “direitos *prima facie* assegurados pela declaração principiológica dos direitos fundamentais.”⁶⁸

Os princípios se diferenciam das regras, que são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, integralmente.⁶⁹ Com isso, o reconhecimento da validade de uma regra (A) implica necessariamente na invalidade de outra (B). Pode-se dizer, portanto, que as regras possuem validade de “tudo ou nada”, enquanto os princípios tem uma aplicação otimizada para o máximo possível.

Dessa forma, para Alexy, os princípios não são direitos definitivos, ou seja, não são aplicados de maneira irrestrita em todas as situações. Os princípios podem sofrer restrições em face a outros princípios, quando colidentes.⁷⁰

⁶⁶ VELASCO, Marina. *Conflictos entre derechos y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39 (2016) ISSN: 0214-8676, pp. 305-317. [consult. 8 Abr 2019].

⁶⁷ POSCHER, Ralf. *Teoria de um fantasma – A malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto*. In: CAMPOS, Ricardo (Org.). *Crítica da ponderação – Método Constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 64.

⁶⁸ MOZETIC, Vinícius Almada. *Os sistemas jurídicos inteligentes e o caminho perigoso até a teoria da argumentação de Robert Alexy*. Revista brasileira de direito, Passo Fundo, vol. 3, n. 3, pp. 437-454, set.-dez 2017, ISSN 2238-0604. [consult. 30 Mar 2019]. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1939>

⁶⁹ POSCHER, Ralf, *Op. Cit.*, pp. 90-91.

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Proportionality, Constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak*. I*COM (2018), vol. 16, No. 3, pp. 871-879 [consult. 19 Mar 2019]. doi:10.1093/icon/moy084

A teoria da ponderação de valores é destinada a solucionar os *hard cases*⁷¹, ou seja, os casos difíceis, que não possuem solução diretamente aplicável por meio da teoria da subsunção. A respeito disso, muito bem diz Luiz Roberto Barroso:

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas. A importância que o tema ganhou no dia-a-dia da atividade jurisdicional, entretanto, tem levado a doutrina a estudá-lo mais cuidadosamente.⁷²

Percebe-se que da doutrina clássica para a resolução de conflitos, com a teoria da subsunção (chamada pelo autor em comentário acima de técnica de subsunção) não deixou de existir. A subsunção é aplicável na maioria dos casos. No entanto, a teoria clássica de interpretação choca-se com limites quando da interpretação dos “catálogos de direitos fundamentais” que se encontram inscritos nas constituições contemporâneas.⁷³

Desta maneira, existe espaço dentro do direito para a aplicação de uma ou de outra teoria (ou técnica, como queira) a depender do caso concreto que se põe a diante do julgador. Cada uma teria seu próprio espectro de atuação.

Mesmo nos casos nos quais o julgador se utilize da ponderação, ele não poderá prescindir da teoria da subsunção, ou dos cânones clássicos de interpretação do direito. Porém, aqui eles tem lugar como fundamentação da aplicabilidade da argumentação jurídica utilizada (chamado de suporte fático), e, mais, na determinação dos pesos dos argumentos utilizados. Apesar da utilização da forma clássica para determinar o suporte fático dos princípios, o resultado final da ponderação poderia ser alterado. Alexy entende que, uma vez que se alteram os contextos de interpretação e setores do direito mudam, não se pode chegar a nenhuma resposta definitiva sobre qual será o resultado da ponderação.⁷⁴

Assim, a teoria da ponderação de valores não levaria a um resultado estável no tempo. Isso se deve, em grande parte, à própria estrutura das constituições, feitas com

⁷¹ AMORIM, Letícia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy – Esboço e Críticas*. Revista de informação legislativa, Brasília, a. 42, n. 165 jan./mar. 2005, pp. 123-134. [consult. 6 Abr 2019]. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/273>

⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 360.

⁷³ ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático*. Revista de direito administrativo, v. 217, 1999. ISSN: 2238-47414 [consult. 30 Mar 2019]. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414>

⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 246.

texto propositalmente aberto e com diversas disposições indefinidas. Essas disposições podem sofrer interpretações diferentes conforme o seu contexto. Com isso a jurisdição constitucional enfrenta vários problemas, como bem diz Konrad Hesse, quando escreve a respeito do caráter aberto e vinculante da constituição alemã (lei fundamental de Bonn):

Essa vinculação, precisamente numa constituição que, como a lei fundamental, estabeleceu uma jurisdição constitucional, não carece de problemas, já que as normas constitucionais não são completas nem perfeitas. Amplos setores, inclusive os da vida estatal, em sentido estrito, estão ordenados unicamente mediante disposições de maior ou menor amplitude e indeterminação, e em alguns nem sequer estão ordenados. A constituição não é um sistema fechado e onicompreensivo; não contém codificação, apenas um conjunto de princípios concretos e elementos básicos do ordenamento jurídico da comunidade, para o que oferece uma norma marco. Nesse sentido, é um ordenamento aberto.

Essa abertura é sempre limitada. Porém, na medida em que seja suficiente, concede – o que dá sobretudo um sentido e conteúdo essenciais ao ordenamento democrático – margem de atuação necessária a um processo político livre, tratando de garanti-lo. Por isso, a constituição possibilita concepções e objetivos políticos diferentes, bem como sua persecução. Permite, também, levar em consideração mudanças técnicas, econômicas e sociais, adaptar-se à evolução histórica, assegurando-se com isso, um requisito fundamental de sua própria existência e eficácia.⁷⁵

Esse caráter aberto e, ao mesmo tempo, vinculante da constituição deve-se, em sua característica de ser vinculante, por ser um texto jurídico, ou seja, trata-se de uma norma que estatui uma ordem e institui sanções⁷⁶. Por outro lado, a ideia de caráter aberto do texto remete à ideia de Gadamer sobre a escrita, na qual a linguagem se liberta do ato de sua criação:

O fato de essência da tradição se caracterizar por seu caráter de linguagem adquire seu pleno significado hermenêutico onde a tradição se torna escrita. Na escrita a linguagem se liberta do ato de sua realização. Na forma escrita todo o transmitido está simultaneamente presente para qualquer atualidade. Nela se dá uma coexistência de passado e presente única em seu gênero, na medida em que a consciência presente tem a possibilidade de acesso livre a tudo que tenha sido transmitido por escrito.(...)⁷⁷

A constituição enquadra-se exatamente nesse conceito de Gadamer sobre a linguagem escrita, que está presente simultaneamente para qualquer atualidade. Isso porque as Constituições, tipicamente, são criadas como ordenamentos jurídicos pensados para serem perenes. Assim, por conta dessa perenidade, sua interpretação

⁷⁵ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 9.

⁷⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 29.

⁷⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 15ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2017, p. 504-505.

poderia e pode mudar ao longo do tempo. Essa característica (a princípio) confirmaria a ideia de Alexy de que o resultado da ponderação de valores poder mudar conforme a alteração do contexto.⁷⁸

A ponderação de valores possui uma instabilidade que lhe é intrínseca, por conta dessa mudança de interpretação que poderá ocorrer com a alteração do contexto no qual ela está inserida.

Contribui para isso o fato de que as constituições são escritas tipicamente por não-juristas (os constituintes), de maneira muitas vezes pouco técnicas, visando mais dar uma resposta ao sentimento social que se impõe na época do que ordenar de maneira adequada e lógica o funcionamento do Estado e os direitos fundamentais.

Além disso, trata-se de um texto de direito majoritariamente público. Em nossa tradição jurídica, o direito público ainda carece de muita evolução, tendo o direito privado prevalecido na tradição jurídica que veio da Romana.⁷⁹ Nesse sentido:

O grau menos adiantado de elaboração científica do Direito Público, a amplitude de seu conteúdo, que menos se presta a ser enfeixado num texto, a grande instabilidade dos elementos de que se cerca, determinam uma técnica especial na feitura das leis que compreende. Por isso, necessita o hermeneuta de maior habilidade, competência e cuidado do que no direito privado, de mais antiga gênese, uso mais frequente, modificações e retoques mais fáceis, aplicabilidade menos variável de país a país, do que resulta evolução mais completa, opulência maior de materiais científicos, de elemento de certeza, caracteres fundamentais melhor definidos, relativamente precisos. Basta lembrar como variam no direito público até mesmo concepções básicas: relativas à ideia de Estado, Soberania, Divisão dos poderes, etc.⁸⁰

Talvez por conta dessa ausência de sedimentação do direito público, Alexy cria regras específicas para ordenar a utilização dos princípios quando estes entram em colisão. Primeiramente, deve-se ter em mente que cada princípio deve ser aplicado no caso concreto até sua maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Essas possibilidades seriam determinadas conforme as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.⁸¹

⁷⁸ Interessante pensar por exemplo na doutrina “*Separate but equal*” que legitimava a segregação racial nos Estados Unidos. Essa doutrina era tida pela Suprema Corte Americana como Constitucional até 1954, quando houve mudança de entendimento e foi derrubada. Esse exemplo, no entanto, demonstra uma mudança de entendimentos na leitura do texto constitucional, porém, devemos notar que não foi utilizada aqui a teoria da ponderação.

⁷⁹ A lei das XII tábuas, lei de fundamental importância à evolução do direito de tradição Romana, data de 450 Antes de Cristo, e trata principalmente de direito privado. Somente trata de direito público em suas partes relativas a direito penal (mas mesmo assim, tinha um caráter privado à época) e de direito processual (visto como instrumento do direito material privado).

Outra obra de caráter fundamental para a evolução do direito de tradição romana é o *Corpus Juris Civilis*, do imperador Justiniano, que data de 529 Depois de Cristo. Tal obra também tem um caráter muito forte de direito privado, o que demonstra que, nos quase 1.000 anos de evolução do direito no império Romano, o direito privado teve preponderância.

⁸⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. (9. ed). Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 304.

⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 588.

A máxima de adequação, conforme o autor, “elimina os meios não adequados”⁸² para a aplicação dos princípios em jogo no caso concreto. Já a máxima de necessidade é aquela que entre dois princípios em jogo que seriam adequadamente aplicáveis ao caso, deve ser escolhido e aplicado aquele que intervenha de modo menos intenso.

Finalmente, a máxima de proporcionalidade em sentido estrito tem por redação, em palavras do próprio autor, que “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.⁸³

Percebe-se que o autor procura, por meio de regras, criar formas de deixar a ponderação de valores mais “científica” e menos instável. Afinal, ao se aplicar dois princípios constitucionais, caso a decisão pudesse ficar simplesmente a cargo do julgador sem nenhum critério de aplicação, chegaríamos a uma situação de arbítrio.

Aliás, o direito de nossa tradição, que vem do direito romano, nasceu exatamente para evitar o arbítrio do aplicador das leis.⁸⁴ Uma aplicação generalizada e sem critérios da teoria da ponderação de valores seria sem dúvida um imenso retrocesso. Dessa maneira, a teoria da ponderação de valores parece bastante interessante, mas apenas se aplicada com parcimônia e restrita aos *hard cases*, os casos difíceis.

Os cânones clássicos da aplicação do direito e a teoria da subsunção dão resposta adequada aos casos fáceis, e também aos casos de direito privado que não envolvam a colisão de direitos fundamentais, especialmente levando em consideração toda a sedimentação que o direito privado possui em nossa tradição jurídica.

⁸² *Ibidem*, p. 590.

⁸³ *Ibidem*, p. 593.

⁸⁴ O direito de tradição romana remonta a lei das XII tábuas. A respeito dessa lei e do estado de arbítrio existente antes dela, vide: LIVY, Titus. *The history of Rome from its Foundations, books I-V*. London: Penguin Classics, 2002, 2.2.

2. A RECEPÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

A teoria da ponderação foi utilizada primeiramente no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro em um caso envolvendo liberdade de expressão e nazismo, ou seja, percebe-se aqui quase uma “reedição” brasileira do caso Lüth, já referenciado nesse trabalho, que foi julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Siegfried Ellwanger foi acusado do crime de racismo, ao editar livros que faziam apologia ao nazismo. Após condenado, impetrou um *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal. Esse Tribunal Constitucional, ponderando os valores constitucionais da liberdade de expressão e da dignidade e proteção da pessoa humana, entendeu que a condenação era proporcional.⁸⁵

Interessante leitura para entendimento do caso é trecho do voto vencedor:

A orientação fixada é de que a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, tem limites jurídicos e não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações que implicam ilicitude penal. No caso concreto, o preceito fundamental da liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Nesta hipótese, há nítida prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.⁸⁶

Essa decisão mostra de forma clara e iniquívoca que o STF deu primazia aos princípios para chegar a decisão final. Em meio a esse cenário, como concluem Barros e Costa,⁸⁷ o caso em comento é a clara aplicação da Teoria da Ponderação de Alexy no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Isso porque foram observadas as três etapas propostas pelo autor. Primeiramente foram identificados os princípios colidentes (liberdade de expressão versus dignidade da pessoa humana), após foi identificada a medida necessária para salvaguarda do princípio escolhido como tendo preponderância, e, finalmente, na última, se decide por um princípio que deve ser aplicado ao caso concreto, com o balanceamento necessário.

⁸⁵ VIOLANTE, João Luís Mousinho dos Santos Monteiro. *O caso Ellwanger e seu impacto no direito brasileiro*. Dissertação de Mestrado em Direito, São Paulo, Pontifícia Universidade Católica, 2010, p.87.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 82.424/RS*. Relator Ministro Moreira Alves, publ. 19 mar. 2004. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

⁸⁷ BARROS, Maíza Gisele Mendes; COSTA, Renan Barros Moura. *O “Caso Ellwanger” sob a perspectiva da técnica racional da ponderação de Robert Alexy*. Jus Navegandi, abr. 2015. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/37736/o-caso-ellwanger-sob-a-perspectiva-da-tecnica-racional-da-ponderacao-de-robert-alexey>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

Apesar desta decisão merecer elogios por parte de todos os defensores de direitos humanos, o fato é que o poder judiciário começou, a partir dessa decisão, a tomar decisões e atuar de forma cada vez mais política.

Além disso, a própria necessidade (ou não) da utilização da ponderação é criticada pela doutrina especializada, quando analisa esse caso:

O caso Ellwanger, já referido alhures, é um bom exemplo, em que nada havia a “ponderar”: Bastava aplicar a lei que dizia que racismo é crime hediondo. Na verdade, posso demonstrar que o argumento da “colisão” sempre chega atrasado. Por isso, a proposta epistemo-procedural de Alexy radica-se na filosofia da consciência, incompatível com o paradigma da intersubjetividade em que se quer legitimado o Estado democrático de Direito.⁸⁸

Desta forma, não raras vezes ao argumento da necessidade de ponderação dos valores acaba sendo usado, a um só tempo, para que se questione a separação dos poderes na atualidade, bem como para justificar a ampliação exacerbada de atuação de um Poder em detrimento daquele – Legislativo, que nas sociedades democráticas deve, de fato, representar os anseios da sociedade.

2.1 O Método de aplicação da teoria da ponderação

A utilização das palavras “ponderar” e “ponderação” não é exclusiva do mundo jurídico. As decisões em todas as áreas que dependem de um choque entre vantagens e desvantagens, utilizam de um tipo de ponderação racional.⁸⁹ No entanto, a ponderação é aqui utilizada em um sentido jurídico do termo.

Segundo a definição de Barcellos⁹⁰, a ponderação é "uma técnica de decisão própria para casos difíceis, em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado".

A aplicação de um princípio ou dispositivo Constitucional não pode levar a total não aplicação de outro: "o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica, não admite essa solução".⁹¹

⁸⁸ STRECK, Lênio. *Lições de crítica Hermenêutica do Direito*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016, p. 137.

⁸⁹ ALVES, Nádia Castro. *Colisão de direitos fundamentais e ponderação*. Meritum, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, pp. 25-48, Jan./jun. 2010. [consult. 27 Mar 2019]. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/index.php/meritum/article/view/890>

⁹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 05.

Conforme a lição de Barroso⁹² o princípio da unidade da Constituição demanda que o texto constitucional seja entendido em sua inteireza, de maneira que não se pode interpreta-lo como se houvesse uma hierarquia entre as normas constitucionais. Dessa forma, devem ser desenvolvidas técnicas para lidar com as peculiaridades do texto constitucional.

Assim, a ponderação pode ser utilizada quando dois ou mais princípios de mesma hierarquia entram em conflito, como a liberdade de expressão e de imprensa versus os direitos à honra, ou o direito à intimidade versus o direito à vida privada. Casos como esses não podem ser solucionados de forma simplista, mas por um raciocínio "pelo qual se atribuem pesos aos elementos em conflito para, ao fim, decidir por um deles ou ao menos decidir pela aplicação preponderante de um deles".⁹³

A ponderação é um processo racional, podendo ser fundamentados os enunciados que estabelecem as condições de preferência referidas na ponderação. Esse fundamento pressupõe que "quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro".⁹⁴

Pode ser definida a ponderação então como "uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente".⁹⁵ Vale observar que a expressão "casos difíceis" vem do inglês *hard cases* e diz respeito a casos jurídicos nos quais o ordenamento não traz uma resposta pronta ou facilmente extraída por meio das técnicas usuais de interpretação, mormente a subsunção.

Segundo Edilson de Farias⁹⁶, o método da ponderação é o mais apropriado ao sistema *common law*, em que o magistrado dispõe de um maior poder de discricionariedade do que no sistema jurídico adotado no Brasil (direito civil), no qual o juiz está mais vinculado à lei. O Código Napoleônico, que inspirou uma parcela significativa do nosso entendimento doutrinário e jurisprudencial, bem como a elaboração de diversas leis, assinalava que o juiz é a voz da lei, e assim é no sistema brasileiro.

⁹² *Ibidem*, p. 113.

⁹³ TORRES, Ricardo Lobo. *Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação*. In: ZILLES, Urbano (coord.). Miguel Reale. Estudos em homenagem aos seus 90 anos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 643.

⁹⁴ FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 183

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 114.

⁹⁶ FARIAS, *Op. Cit.*, p. 183.

Barroso⁹⁷ descreve a ponderação como um processo em três etapas, a saber:

Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Nesse estágio, os diversos fundamentos normativos - isto é, as diversas premissas maiores pertinentes - são agrupadas em função da solução que estejam sugerindo: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de agrupamentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo. Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Embora os princípios e regras tenham, em tese, uma existência autônoma, eles só possuem real sentido quando entram em contato com situações concretas. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. Na terceira etapa, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto serão examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas a preponderar no caso. Os parâmetros construídos na primeira etapa são, assim, empregados e adaptados às particularidades do caso concreto.

Dando seguimento o autor pontua que deve-se chegar a uma conclusão a respeito de qual norma será utilizada em detrimento a outras. Para a decisão, é necessário utilizar o princípio da proporcionalidade⁹⁸, que possui importância ímpar na resolução destes casos.

Na jurisprudência, o Superior Tribunal Federal tem aplicado reiteradamente o princípio da razoabilidade. A título de exemplo, apresenta-se o seguinte trecho de acórdão:

A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal (STF, ADInMC 1.063-8, rel. Min. Celso de Mello, DJ 27.04.2001).

Assim, percebe-se que no processo de ponderação de valores o princípio da razoabilidade possui marcada importância, pois esse será a medida pela qual irá se controlar de forma racional todo o processo.

⁹⁷ BARROSO, *Op. Cit.*, p. 114.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 114.

2.2 Aplicação da proporcionalidade em sentido estrito no âmbito do poder Judiciário Brasileiro

A proporcionalidade tem uma estrutura definida, construída ao longo do tempo com a práxis jurídica e aperfeiçoada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e pelo autor alemão Robert Alexy.

Desta forma, para a utilização do sistema de ponderação de valores, da maneira como foi desenvolvido, é necessário a utilização da proporcionalidade, elemento teórico que norteia a aplicação da teoria da ponderação de valores. A proporcionalidade como elemento que irá nortear a aplicação da teoria é aquela utilizada em seu sentido lato. Essa proporcionalidade possui sub-regras, que são elementos parcelares para sua utilização.

A importância da utilização da proporcionalidade da forma que foi desenvolvida pela doutrina e jurisprudência é de não desnaturar o sistema construído, sob pena de se utilizar, em realidade, regras sem qualquer amparo em uma construção teórica.

Como bem aponta Fernandes⁹⁹, são três as sub-regras contidas na proporcionalidade em sentido lato: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Essas sub-regras têm uma relação de sucessividade e interdependência, isto é, devem respeitar um procedimento para sua utilização. A adequação sempre precede a necessidade, que por sua vez é anterior à proporcionalidade em sentido estrito, fixando-se uma ordem de aplicação.¹⁰⁰

Outrossim, para que a sub-regra posterior seja empregada, é imprescindível que a anterior não tenha sido suficiente para a resolução da colisão.¹⁰¹ Dessa forma, deve-se primeiro analisar a adequação. Se e somente se não for resolvida a questão, passa-se à aplicação da sub-regra da necessidade. Caso esta também não seja o bastante para solucionar o caso é que será utilizada a proporcionalidade em sentido estrito, como a *ultima ratio*. Elucidadas essas questões, convém definir cada uma das três sub-regras e o que elas exigem para sua satisfação. A adequação e a necessidade estão ligadas a uma relação meio-fim¹⁰², a uma máxima realização das possibilidades fáticas. Essas duas sub-regras são a expressão da ideia de eficiência.¹⁰³

⁹⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. Salvador: Jus Podium, 2013, p. 232.

¹⁰⁰ FERNANDES, *Op. Cit.*, p. 232

¹⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 91, v. 798, abr. 2002, p. 34.

¹⁰² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 588-591.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 591.

Já a proporcionalidade em sentido estrito está relacionada a uma otimização dos princípios, na colisão entre si ou entre estes e restrições, pelo critério do sopesamento propriamente dito ou lei de colisão, que será esclarecida adiante. Portanto, essa sub-regra é utilizada para dar um maior grau de efetividade na aplicação dos princípios.

A primeira sub-regra, a adequação, é o critério negativo da proporcionalidade, absoluto,¹⁰⁴ que exclui as hipóteses incabíveis para a consecução do resultado pretendido.¹⁰⁵

Portanto, ela exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Dessarte, essa sub-regra também é denominada como conformidade, pois tem a função de remover aquilo que não guarda uma correlação entre a finalidade pretendida e os meios utilizáveis, em que se tenha uma desconformidade entre ambos.¹⁰⁶

Silva¹⁰⁷ faz uma ressalva importante ao afirmar que não é obrigatório que a medida alcance o objetivo pretendido, e sim que ela o fomente. Nesse sentido, basta que o meio tenha um potencial para atingir o fim, o resultado almejado, que será adequado.

A necessidade ou exigibilidade, por sua vez, é um critério comparativo, que analisa a equivalência dos fins e o intensidade de restrição das medidas, para se chegar àquela com menor potencial restritivo, que igualmente fomenta a finalidade almejada.¹⁰⁸

Com isso, a necessidade “exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso”, mas igualmente efetivo.¹⁰⁹

Dessa forma, em um primeiro momento, devem as medidas ser comparadas para verificar se têm a mesma potencialidade de alcançar o objetivo pretendido. Após constatada essa equivalência, passa-se a um exame do grau de interferência no direito, no qual preponderam os meios menos gravosos.¹¹⁰

Mas não é toda situação em que se verifica uma disparidade entre os fins que a primeira análise da sub-regra da necessidade deve ser utilizada para a exclusão de alguma medida.

¹⁰⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 218.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 590.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 590.

¹⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 91, v. 798, abr. 2002, pp. 36-37.

¹⁰⁸ CRISTÓVAM, *Op. Cit.*, pp. 217-218.

¹⁰⁹ ALEXY, *Op. Cit.*, p. 590.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 117.

Igualmente, a respeito da verificação do grau de restrição ao direito, as medidas potencialmente idênticas para realizar o fim – mas que têm uma disparidade tênue em relação à gravosidade – devem ser consideradas necessárias, pois a decisão do conflito se dará no exame da chamada proporcionalidade em sentido estrito.

Por derradeiro, mas não menos importante, a proporcionalidade em sentido estrito, a mais complexa das três sub-regras que constituem a estrutura da proporcionalidade, é o critério que analisa os argumentos favoráveis e desfavoráveis, para se chegar a um resultado que garanta a eficiência da medida com a menor intensidade possível de restrição ao direito em colisão.

Para tanto, ela impõe a exigência de três análises distintas, em que

No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.¹¹¹

Em relação às duas primeiras avaliações, não há uma necessidade de observar uma ordem prévia. Apenas em relação à última que as duas primeiras devem ser antecessoras.

A avaliação inicial é acerca do grau de não-satisfação ou afetação do princípio atacado, se simplesmente ele não é realizado, ou se é afetado e, em caso positivo, em que grau. O aumento desse grau eleva a dificuldade de fundamentar o gravame que será causado.

Na segunda etapa, verifica-se a importância da satisfação do princípio ou medida colidente, ou seja, quais as razões para sua realização e a intensidade do potencial de consecução das finalidades. Nesse caso, quanto maior a potencialidade de alcançar o objetivo almejado, maior a importância da satisfação.

A última análise consiste em uma comparação entre o resultado das duas últimas, para aferir se a importância da satisfação do princípio ou medida justifica a afetação ou a não-satisfação do princípio colidente. Em caso positivo, aplicar-se-á a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, ocasionando a prevalência de um princípio ou medida cuja satisfação é tão importante que justifica a não-satisfação ou a afetação do princípio antitético, chegando-se, portanto, a um resultado validamente proporcional.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 594.

Oportuno destacar que não há princípio cuja importância de satisfação é absoluta, que seja sempre precedente incondicional, mesmo porque, com essa configuração, estar-se-ia diante de uma estrutura normativa própria das regras. Da mesma forma, não existe atualmente, na teoria a respeito da utilização dos princípios constitucionais, um princípio que nunca seja satisfeito ou que seja sempre afetado. Nesta última hipótese, haveria um princípio absolutamente ineficaz.

Para demonstrar a forma de aplicação da proporcionalidade pelo Poder Judiciário brasileiro, buscou-se colacionar algumas jurisprudências de tribunais superiores que tratam sobre o assunto.

Não é demais ressaltar que em relação ao Superior Tribunal de Justiça, nenhum dos julgados analisados (AgRg. no AREsp n. 419.651/DF; REsp n. 1.546.820/DF e AgRg. no AREsp n. 823.087/PE) há a aplicação da proporcionalidade. Apenas há uma referência acerca da proporcionalidade ou desproporcionalidade de algo, sem ao menos justificar satisfatoriamente essa conclusão.

A Ementa do acórdão do AgRg no AREsp n. 419.651/DF¹¹² dispôs apenas que:

[...] Os atos tidos como discricionários, exercidos pela Administração Pública, devem, ao fixar o quantum de multa ou qualquer outra penalidade, guardar os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, pois, quando exorbitantes, permitem que o Poder Judiciário adéque-os a fim de evitar desequilíbrios inaceitáveis entre a Administração e os administrados.

Portanto, com base nesses julgados, a aplicação da proporcionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça é feita no sentido leigo do termo, visto que não é sequer fundamentada sua incidência, apenas há a sua referência.

No tribunal constitucional brasileiro, a aplicação da proporcionalidade não é tão diferente da que ocorre no Superior Tribunal de Justiça. Para exemplificar, no que se refere aos atos administrativos, os acórdãos no MS n. 26.849/DF¹¹³ e no RMS 27.934 AgR/DF¹¹⁴ tratam do assunto.

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório e voto no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 419.651/DF*. Relator Ministro Humberto Martins, publ. 16 dez. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32797405&num_registro=201303611536&data=20131216&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 ago. 2018.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 26.849/DF*. Relator Ministro Luiz Fux, publ. 21 maio 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5914335>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 27.934/DF*. Relator Ministro Teori Zavascki, publ. 03 ago. 2015. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginadorpub/paginadorpub/paginador.jsp?ldeomcT:P=TP&docID=8865578>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

No primeiro há a constatação de que:

Não se sustenta a alegação de que a pena de demissão afronta o princípio da proporcionalidade e o disposto no artigo 128 da Lei n. 8.112/1990, porquanto a autoridade administrativa não tinha discricionariedade para aplicar pena diversa da demissão, por força do disposto no art. 132, incisos IV e XIII, da mesma lei.

Com isso, percebe-se que o exame da proporcionalidade somente é aplicável aos casos em que há discricionariedade por parte do agente público.

No segundo julgado, apenas há a afirmação de que a extensão do controle judicial aos concursos públicos somente se daria no caso concreto se houvesse desvio de finalidade na atribuição da pontuação na prova de títulos, ou se esta fosse manifestamente desproporcional às regras do edital.

O único julgado que se aproximou da proporcionalidade na visão da Teoria preconizada por Alexy, aqui foi em matéria penal, proferido nos autos do *habeas corpus* nº 124.306/RJ¹¹⁵, que tratou da constitucionalidade dos crimes de aborto no Direito Penal brasileiro. Contudo, não houve o respeito à interdependência das três sub-regras. Isto pois o Redator do acórdão, Ministro Luís Roberto Barroso, entendeu que o aborto praticado no primeiro trimestre, com o consentimento da gestante, não é qualificado como crime, uma vez que a tipificação penal dessa conduta seria inadequada, desnecessária e desproporcional em sentido estrito. Ocorre que, basta uma medida ser inadequada para ser afastada, sendo desnecessária uma análise acerca das outras duas sub-regras da proporcionalidade.

Portanto, em relação aos julgados colacionados, no âmbito do Supremo Tribunal Federal também há uma desconformidade com a teoria da ponderação apresentada neste trabalho, seja pela inobservância da cumulação sucessiva, seja pela aplicação com um senso meramente de proporção, no sentido leigo de proporcionalidade.

Diante da inobservância epistêmica da mais alta Corte do país, é importante colocar a resolução de um caso totalmente abstrato, para que se tenha um panorama geral da aplicação da proporcionalidade e em relação à discricionariedade, para posteriormente apresentar uma solução exemplificativa em um caso concreto.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus n. 124.306/RJ*. Relator Ministro Marco Aurélio, publ. 21 maio 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5914335>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

Alexy constrói uma aplicação abstrata da proporcionalidade como exemplificação da sua incidência em medidas supostamente discricionárias:

A possibilidade de diferentes graus de efetividade e de colisões faz com que seja necessário refinar consideravelmente o modelo básico. Um exemplo simples pode fazer com que fique claro como isso deve ocorrer. Vamos supor que existam cinco meios para a satisfação do dever de proteção P1, a saber, M1 – M5, e que exista também um princípio colidente P2. M5 é totalmente ineficiente e, por isso, deve ser excluído, mesmo com base no modelo básico. M1 e M2 são igualmente efetivos e o mesmo ocorre entre M3 e M4; mas M1 e M2 são mais efetivos que M3 e M4. Assim, isoladamente considerado, P1 exige M1 ou M2. Por isso, se se parte apenas de P1, então, a discricionariedade no modelo básico existe somente em relação a M1 e M2. Ocorre que a realização do princípio contraposto P2 é afetada por meio da adoção de todas as quatro medidas ainda relevantes, mas de forma mais intensa por M1 e M2 que por M3 e M4. Nesse caso, um sopesamento tem que decidir se P1 tem, em face de P2, um peso tão grande que ainda justifique a adoção de M1 e M2 e, se esse não for o caso, se ao menos a adoção de M3 e M4 é justificada. Se nenhuma das duas alternativas for verdadeira, a escolha de qualquer uma das medidas adequadas para a satisfação do dever de proteção *prima facie* é definitivamente vedada; caso não sejam ambas as alternativas impossíveis, porque ao menos a adoção de M3 ou M4 pode ser justificada à luz de P1 em face de P2, então, no modelo básico, a discricionariedade existe em relação a M3 e M4. Mas mesmo essa discricionariedade pode facilmente encolher, pois, embora M3 e M4 possam ser igualmente efetivas em relação a P1, M4 pode afetar P2 de forma mais intensiva que M3, de modo que escolher M4 representaria uma afetação não necessária de P2, o que significa que, como meio mais suave em relação a P2, apenas a adoção de M3 é justificada. Assim, deixa de existir uma discricionariedade para a realização de P1, ainda que haja vários meios eficazes para essa realização, alguns deles, inclusive, igualmente eficazes.¹¹⁶

Percebe-se que quando há uma discricionariedade em relação à satisfação do princípio P1, não há grandes dificuldades, exemplo chamado pelo autor de modelo básico. A complexidade do tema advém da aplicação da proporcionalidade, mormente a proporcionalidade em sentido estrito, em uma colisão entre princípios, que no caso é exemplificado com P1 em face de P2.

No modelo básico, haveria discricionariedade entre duas medidas, M1 e M2, nas quais o princípio P1 seria igualmente efetivado. Com a colisão de P1 com P2, a medida a ser utilizada seria M3, visto que satisfaria em menor intensidade P1, mas teria um grau reduzido de restrição a P2, justificando sua adoção. O peso dado a cada variável dessa equação seria determinado pela argumentação jurídica.¹¹⁷ Dessa forma, utilizar um princípio em detrimento a outro, ou na maior proporção que outro, demandaria uma carga argumentativa maior.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 464.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. *The Absolute and the Relative Dimensions of Constitutional Rights*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 37, No. 1 (2017), pp. 31–47 [consult. 19 Mar 2019]. doi:10.1093/ojls/gqw013

Percebe-se que existe uma flexibilização de um mandamento de um princípio para a realização do mandamento de outro princípio. Assim, muito bem expõe Fausto Santos Morais e André Karam Trindade:

Quando se buscasse a aplicação de princípios jurídicos como forma de resolução de problemas concretos, em virtude da indeterminação semântica, a sua qualificação máxima *prima facie* seria flexibilizada em consideração a outras razões *prima facie* derivadas de outros princípios jurídicos envolvidos. Assim, as razões *prima facie* dos princípios jurídicosm da máxima realização da ordem, seriam realizadas na prática de maneira gradual.¹¹⁸

Portanto, a proporcionalidade serve também como delimitadora da discricionariedade, pois em razão de sua aplicação há a possibilidade de se chegar a apenas uma conduta proporcional, descartando-se as outras que, *prima facie*, seriam possíveis.

Assim, a proporcionalidade não serve apenas como cerceadora de faculdades conferidas por normas jurídicas aos julgadores. A proporcionalidade, como uma norma constitucional implícita, define o conteúdo da discricionariedade, ou seja, estabelece em quais situações concretas há quase que uma faculdade do julgador em decidir, de tão amplo seu objeto.

¹¹⁸ MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam. *Ponderação, pretensão de correção e argumentação: O modelo de Robert Alexy para Fundamentação racional da decisão*. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 35, pp. 147-166, Dez. 2012. [consult. 27 Mar 2019]. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/ponderacao-pretensao-de-correcao-e-argumentacao-o-modelo-de-robert-alexey-para>

3. PODERES DO LEGISLATIVO EM UMA VISÃO CLÁSSICA

3.1 Da evolução do pensamento sobre as formas de Governo

Na atualidade, os governos que podem ser considerados como democráticos possuem alguma forma de separação de poderes. Tal doutrina é fruto de uma longa evolução histórica, que reflete diversas fases do pensamento político. Antes de passar a separação dos poderes propriamente dita, deve-se fazer uma pequena digressão no sentido de se examinar essa evolução na classificação das formas de governo, chegando a forma república atual.

Aristóteles, divide as formas de governo¹¹⁹, em uma classificação que é utilizada até hoje, porém, obviamente com uma visão mais moderna, levando em conta a evolução da ciência política. O estagirita divide o governo, em suas formas puras, em monarquia, aristocracia e democracia. A cada uma dessas formas puras corresponderia uma forma corrompida.

Em um salto ao renascimento italiano, temos outra obra marcante para a ciência política, “O Príncipe” de Nicolau Maquiavel. Nesta obra, suas primeiras linhas dizem: “Todos os Estados, os domínios todos que existiram e existem sobre os homens, foram e são repúblicas ou principados”¹²⁰.

Assim, podemos inferir uma divisão de Maquiavel entre simplesmente repúblicas e principados, sem se referir ao governo de aristocracias.

Mais uma vez passando alguns séculos em um salto, chegamos à célebre classificação de Montesquieu:

O governo republicano é aquele que o povo, como um todo, ou somente uma parcela do povo, possui o poder soberano; a monarquia é aquela em que um só governo, mas de acordo com leis fixas e estabelecidas, enquanto, no governo despótico, uma só pessoa, sem obedecer a leis e regras, realiza tudo por sua vontade e caprichos.¹²¹

Hoje as formas fundamentais de governo são as monarquias e as repúblicas. No mundo contemporâneo coexistem a monarquia absoluta e a constitucional, esta última limitada juridicamente pela Constituição.

¹¹⁹ ARISTÓTELES. *A Política*. 2ª edição. Bauru: EDIPRO, 2009, p. 121.

¹²⁰ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Hemus, 1977, p. 11.

¹²¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 27.

Entende-se, na atualidade, como natural o governo republicano, ou ao menos o governo de uma monarquia constitucional aos moldes que existem em alguns países europeus. No entanto, ainda subsistem no mundo algumas monarquias absolutas.

A ideia republicana conseguiu ao fim se firmar na sociedade ocidental após longa luta contra as monarquias absolutas. Para o grande artífice da Constituição americana e terceiro presidente dos Estados Unidos, Thomas Jefferson¹²², “A árvore da liberdade deve ser regada de tempo em tempo com o sangue de patriotas e tiranos”. Tal frase demonstra claramente que foram necessários conflitos para a afirmação dos ideais políticos liberais e republicanos.

Hoje, a ideia de governos republicanos e liberais (ao menos liberais politicamente) é tão forte na sociedade ocidental que chega-se até mesmo ao ponto de ser previsto que estamos próximos do “fim da história” ou seja, que as ideias republicanas liberais (e o capitalismo) ganharam inexoravelmente.¹²³ Segundo essa linha de pensamento, nada fará a sociedade ocidental retornar ao estágio da monarquia absoluta. Dentro da ideia moderna de república liberal dominante no mundo ocidental na atualidade, a doutrina da separação de poderes é tida como um grande dogma, uma vez que coibe a tirania, uma vez que o poder não se encontra apenas nas mãos de uma pessoa.

3.2 Breves considerações acerca da separação de poderes

Para Montesquieu¹²⁴, a liberdade política só existe com a separação dos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, o que decorre, decerto, da Teoria da Tripartição dos Poderes. Porém, como bem lembram Paulo e Alexandrino, já na Antiguidade Aristóteles defende a necessidade de separação dos poderes, e complementa que:

Historicamente, o nascimento da noção teórica de "tripartição de poderes" pode ser situado na Antiguidade grega, com a publicação da obra "Política", por Aristóteles. Identificou o pensador grego a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano: a função de elaborar normas gerais e abstratas (função legislativa), a função de aplicar essas normas gerais aos casos concretos (função executiva) e a função de dirimir os conflitos eventualmente havidos na aplicação de tais normas (função de julgamento).¹²⁵

¹²² MEACHAM, Jon. *Thomas Jefferson – The art of Power*. New York: Random House, 2012, p. 213.

¹²³ FUKUYAMA, Francis. *O Fim da história e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, p. 16.

¹²⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 168.

¹²⁵ PAULO; Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 433.

Os autores supracitados preconizam, contudo, que não há como afirmar que os “gregos tenham pensado em um sistema político em que a tripartição tivesse o objetivo de reduzir os riscos de abusos no exercício do poder”.¹²⁶

Somente no final do século XVIII, Charles de Montesquieu, em sua clássica obra, é que se “propugnou que as três funções – administrativa, legislativa e judiciária – não podem ser exercidas pelo mesmo órgão, pois o poder tende a corromper-se sempre que não encontra limites”.¹²⁷

Montesquieu¹²⁸ esclarece em sua doutrina tripartida que o Legislativo “faz as leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas”. O poder judiciário, por sua vez, é aquele que “pune os crimes ou julga as demandas dos particulares”. Finalmente, chegamos ao executivo, que “sendo o restante poder, exerce as demais funções do Estado; exerce a administração geral do Estado, constituindo-se por isso no executor das leis em geral”.

De acordo com Montesquieu, cada poder deverá se ater às suas funções e frear os outros poderes para evitar abusos, resultando num “Governo moderado”, onde o império será a lei e haverá liberdade política para os cidadãos. E, ainda, que o “Se o poder executivo não tiver o poder de deter as ações do legislativo, este será despótico”.
129

Percebe-se daí que o executivo irá frear o legislativo. Mas da mesma forma, da leitura de Montesquieu, percebe-se que não apenas o executivo irá frear o legislativo, aquele também irá frear este.

Essa é a compreensão dada por Montesquieu, que os Poderes não agem isolados, mas concorrentemente e, ao mesmo tempo, independentes, dentro da realidade política.

Anote-se que a Constituição Federal Brasileira dispõe e resguarda com o rigor de cláusula pétrea, em seu art. 60, § 4º, III, o princípio da tripartição de poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo estes independentes e harmônicos.

Não se pode ignorar, ainda, que a teoria da divisão dos poderes era vista de forma bastante rígida. Esse entendimento no entanto passou a ser entendido de maneira que os poderes devem se equilibrar entre si, não podem ser independentes a ponto de virar um “Estado dentro do Estado”.

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ *Ibidem*, p. 444.

¹²⁸ MONTESQUIEU, *Op. Cit.*, pp. 169 a 173.

¹²⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2000, 174.

Na opinião de Silva¹³⁰, a vontade social aparece exprimida através do Estado, que é representado por seus órgãos o Executivo, Legislativo e o Judiciário e seus representantes. Compete a estes órgãos o exercício do poder político que é uno, indivisível e indelegável.

Desta feita, a separação de poderes estabelece a cada órgão ou poder uma função governamental. Assim, sobre a divisão ou separação de poder, segundo Silva¹³¹, teremos dois elementos basilares. Primeiramente, a especialização funcional no exercício da função, cada órgão deve tratar de forma específica na sua área de atuação; e sobre a independência orgânica cada órgão deve organizar-se administrativamente de forma independente dos demais.

Destarte, a separação do poder consiste em dividir o exercício do poder político por órgãos diversos e autônomos, cada qual com variações no exercício das funções específicas. Devem prevalecer à incapacidade de agir de forma totalmente arbitrária. A divisão impede o arbítrio ou tenta inibir. Através deste sistema a teoria estabelece um sistema de freios e contrapesos.

3.3 Do Poder Legislativo

O Estado Democrático de Direito é composto por três poderes independentes e harmônicos entre si. São eles, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A fonte legal constituinte destes três Poderes Estatais está inserida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, em seu art. 2º, estatui: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.¹³²

Apesar da Constituição Brasileira consagrar no artigo supracitado a independência e harmonia dos poderes, durante o iluminismo John Locke, obviamente inspirado nos poderes do parlamento inglês¹³³, entendia que o poder legislativo como o poder supremo de cada Estado:

O legislativo é o poder supremo de cada comunidade civil, quer constituído por uma ou mais pessoas, quer em caráter permanente ou apenas de tempos em tempos. No entanto, em primeiro lugar, o legislativo não é exercido de forma absoluta e arbitrária sobre as vidas e os destinos do povo.¹³⁴

¹³⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 107-108.

¹³¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 109.

¹³² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 22 jun. 2018.

¹³³ “O Parlamento é soberano” diz um dogma do direito britânico.

¹³⁴ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo Civil*. Bauru: EDIPRO, 2014. ISBN 978-8572838412, p. 165.

Apesar dessa visão do poder legislativo como o poder mais importante e até superior aos demais, podemos perceber aqui que ele não pode ser absoluto e arbitrário.

Desta maneira, existiu uma evolução do pensamento de que o poder legislativo deveria ser o soberano, para um pensamento, já exposto no capítulo anterior, de Montesquieu, que defendia uma separação de poderes, de maneira que um poder pudesse frear o outro.

Significa dizer que com a Teoria da Separação dos Poderes Montesquieu alavancou uma teoria de governo que balizava as ideias do constitucionalismo, com a proposta de divisão dos poderes, proporcionando a humanidade um grande feito. Um dos seus objetivos era limitar o poder absoluto dos Reis, idealizando o Estado regido por três Poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, justificava a sua teoria com o seguinte fundamento:

Em cada Estado há três espécies de poderes: O Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das que dependem do Direito Civil. Pelo primeiro, o Príncipe ou o Magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as questões feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes, ou julga as demandas dos particulares. A este último chamar-se-á Poder de Julgar, e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado.¹³⁵

Desta feita, observa-se a individualidade de cada Poder nas atribuições a eles conferidas para reger o Estado Democrático de Direito, mas há que se atentar para a importância do Poder Legislativo, “mais alta expressão da soberania na nacional”, como preleciona Saldanha¹³⁶, pois é o Poder responsável pela criação do “Direito, a obrigação e as penas, quem regula os outros poderes e cidadãos, quem decreta as normas que devem reger a sociedade, em suma, é quem faz, interpreta e desfaz a lei”.

A soberania do poder nas mãos de poucos, como outrora ocorria, trouxe preocupações aos subordinados e serviu como alavanca para impulsionar a separação dos poderes, em virtude da concentração de decisão (os mesmos que criavam as leis, a executavam e ainda julgava quem as descumprisse), com a separação dos poderes não haveria o monopólio concentrado em poucos indivíduos ou em um soberano.

¹³⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2000, pp. 168-169.

¹³⁶ SALDANHA, Nelson. *O que é Poder Legislativo*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1992, p. 07.

Importa destacar que o Poder Legislativo é geral, ou seja, aplica-se a todas as esferas estatais, inclusive aos Municípios, reguladores de suas próprias normas, observando-se sempre a limitação legal de suas regulamentações e aplicações normativas.

Ao presente estudo, em especial, interessa a compreensão do Poder Legislativo, suas características e competências, partindo da premissa de que a este Poder é atribuída a função de inovar na ordem jurídica, criando o direito, pois a necessidade de criação de normas, capazes de atender aos anseios da sociedade, não se concretiza com a Constituição, sendo de suma importância, portanto, normatizar e prever todas as exigências de uma sociedade em constante evolução¹³⁷, sendo esta a atribuição do Poder Legislativo.

Semelhante são os ensinamentos de Saldanha¹³⁸, para quem, o “poder que o ‘Poder Legislativo’ possui, que é de fazer as leis, corresponde ao poder de discussão e de voto que os eleitores colocam nas mãos dos representantes”.

Sobre as atribuições típicas do Poder Legislativo, assim prelecionam Paulo e Alexandrino:

As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar. No desempenho da função legislativa, cabe a ele, obedecidas as regras constitucionais do processo legislativo, elaborar as normas jurídicas gerais e abstratas. Em cumprimento à função fiscalizadora, cabe ao Congresso Nacional realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70), "fiscalizar: e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta" (CF, art. 49, X), bem como investigar fato determinado por meio da criação de comissões parlamentares de inquérito - CPI (CF, art. 58, § 3º).¹³⁹

Ainda segundo Paulo e Alexandrino¹⁴⁰ as duas funções típicas do Poder Legislativo são igualmente importantes, ou seja, inexistente hierarquia entre elas, nem mesmo subordinação.

Além das atribuições típicas do Poder Legislativo, ainda há as funções atípicas, já que este Poder também exerce a função administrativa, quando dispõe, por exemplo, da organização interna ou criação de cargos públicos, e a função judicante, como se dá

¹³⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 33.

¹³⁸ SALDANHA, Nelson. *O que é Poder Legislativo*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1992, pp. 20-21.

¹³⁹ PAULO; Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 448

¹⁴⁰ *Idem*.

no julgamento, pelo Senado Federal, dos crimes de responsabilidade do Presidente da República.¹⁴¹

Diante dessas atribuições há que se atentar acerca da importância social que tem o Poder Legislativo quanto à regulamentação dos comportamentos – tanto das pessoas como das instituições, ao funcionar como poder soberano constituído pela vontade popular.

Decerto, a atribuição de editar normas cabe ao Poder Legislativo, normas estas que devem ser seguidas por aqueles que estejam no território nacional.

Não se pode ignorar que é no Parlamento que a soberania popular¹⁴² se concretiza de forma efetiva, com a prerrogativa de exercer, por meio de representantes, a vontade de um povo. A aplicabilidade desta se consolida com a elaboração, sanção, promulgação a publicação de Leis, bem como a fiscalização dos outros entes da Federação e o julgamento de seus próprios membros e dos representantes do Executivo em determinados casos inseridos positivamente.

Ao tratar do tema, Bastos assim conceitua o Parlamento:

O Parlamento não é um congresso de embaixadores de interesses hostis e diferentes, que devem manter-se como agente e advogado contra outros agentes e advogados: o Parlamento é uma assembleia deliberativa de uma nação [um estado ou um município], com um interesse, aquele do todo, onde os objetivos locais [particulares de uma determinada massa ou categoria] não devem servir de guia, mas o bem geral, resultando da razão geral do todo. Vocês de fato escolhem um membro; mas quando vocês escolheram, ele não é um membro de Bristol, mas é um membro do Parlamento.¹⁴³

Porém, antes de se adentrar nas especificidades do Poder Legislativo na atualidade, faz-se mister um breve esboço histórico do Parlamento, o que se passa a abordar no próximo item.

3.3.1 A História do Parlamento no Brasil

A proclamação da independência foi o marco inicial da história do parlamento no Brasil, eis que, anteriormente a essa data, a vida política brasileira estava umbilicalmente ligada à metrópole portuguesa.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 449.

¹⁴² Vide a esse respeito da soberania popular como exemplo a própria Constituição Brasileira, em seu artigo 1º, parágrafo único.

¹⁴³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 578.

Desta feita, o modo como se deu a independência do país, conduzida pelo príncipe regente português, indica, naquelas circunstâncias, as dificuldades intransponíveis para a implantação de um Estado nacional brasileiro de feições liberais.

Tal fato justifica a dissolução da primeira Assembleia Constituinte, substituída por um grupo de pessoas a quem foi dada a incumbência de propor um projeto de Carta Magna que “fosse digna do Brasil e de mim”, consoante as palavras do imperador.¹⁴⁴

Ainda segundo Barbosa¹⁴⁵, assim surgiu a Constituição de 1824, instituindo um Estado monárquico unitário, que garantiu, *a priori*, a unidade territorial e política do país, dele afastando o perigo da fragmentação que tanto atingira a antiga área americana de colonização espanhola.

Barbosa¹⁴⁶ ainda complementa que ao instituir o Poder Moderador, a primeira Constituição brasileira conferiu ao monarca um papel de ascendência política que, inevitavelmente, redundaria em alguma forma de subtração de poder ao Parlamento.

Já Righetto¹⁴⁷ destaca que a primeira sessão preparatória da Câmara dos Deputados ocorreu em 29 de abril de 1826, e a reunião conjunta das Câmaras dos Deputados e dos Senadores, à época denominada Assembleia Geral Legislativa, ocorreu em 06 de maio daquele mesmo ano, sendo estas as primeiras manifestações de um efetivo Parlamento no país.

Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, o Parlamentarismo passou a ser bicameral, formado por conservadores e liberais. O regime republicano iniciou após a edição do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889. Nessa mesma ocasião, a Câmara dos Deputados e o Senado foram dissolvidos, e interventores foram nomeados nas Assembleias Provinciais e Câmaras Municipais.

Veio a lume, então, a primeira Constituição republicana, no ano de 1891, momento em que foram instituídos os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), além de consagrar o princípio federativo, onde a nação dividiu-se em vários estados, com seus próprios governos, submetidos ao governo central. Os deputados passaram a ser eleitos nos Estados e no Distrito Federal, com legislatura de três anos, enquanto o Presidente da República era eleito para um mandato de quatro anos.

¹⁴⁴ BARBOSA, Antônio J. *Nota introdutória a uma história do parlamento*. 2008. Disponível em <http://www.alesc.sc.gov.br/escola/docs/Curso_Formacao_Pol/Hist_Politica.doc>. Acesso em: 22 jun. 2018.

¹⁴⁵ *Idem*.

¹⁴⁶ BARBOSA, Antônio J. *Nota introdutória a uma história do parlamento*. 2008. Disponível em <http://www.alesc.sc.gov.br/escola/docs/Curso_Formacao_Pol/Hist_Politica.doc>. Acesso em: 22 jun. 2018.

¹⁴⁷ RIGHETTO, Myriam. *História do Parlamento*. Palhoça: Unisul Virtual, 2007, p. 35.

Entretanto, em 1930, o Congresso Nacional foi novamente dissolvido, quando Getúlio Vargas assumiu o poder com honrarias ditatoriais. E em 1934 foi promulgada nova Constituição, que, quanto ao processo legislativo, somente exigia bicameralidade caso se necessitasse da colaboração do Senado.

Anote-se que o Poder Legislativo estadual era unicameral e chamado Assembleia Legislativa, cujos deputados eram eleitos pelo voto universal e direto, e deputados representantes das organizações profissionais (classistas), eleitos pelo voto indireto.

Como a Constituição de 1934 era confusa, o presidente Getúlio Vargas outorgou uma nova Carta Constitucional, isso em 1937, instituindo assim o chamado Estado Novo. Os Parlamentos federal e estadual foram então fechados. E em 29 de outubro de 1945, as Forças Armadas depuseram Getúlio Vargas.

Segundo Ferreira Filho¹⁴⁸, surgiu uma nova Constituição, fruto da Segunda Guerra Mundial, cujo Parlamento reuniu forças conservadoras e moderadas, homens do Direito e empresários. Diferentemente das práticas ditatoriais de Vargas, a nova Constituição reacendeu o Parlamento bicameral e consagrou a tripartição do poder, e o modelo político adotado foi o democrático.

Na sequência histórica tem-se a instalação, no ano de 1961, do Parlamentarismo, em resistência ao governo João Goulart, tirando das mãos do presidente as funções de Chefe de Governo. Esse mesmo Parlamentarismo perdeu força, e foi, portanto, restabelecido o Presidencialismo, no ano de 1963.

Cumprir esclarecer que as Forças Armadas articularam um golpe militar, que foi posto em ação em 1964, sendo novamente fechado o Congresso. E em 1967 foi outorgada uma nova Carta Política Nacional.

Decerto, a ditadura militar no Brasil perdurou até 1985, quando foi eleito, pela última vez, indiretamente, o Presidente e o seu Vice-Presidente da República.

Por fim, a democracia reinou, após um longo processo de redemocratização do país, o que culminou na instauração da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, que consagrou, definitivamente, o Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, cujo poder é exercido em nome do povo, para o povo e nele deve encontrar a legitimidade, pois como já dito são poderes independentes e harmônicos.

¹⁴⁸ FERREIRA FILHO, Waldemar Martins. *História do direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 78.

3.3.2 Estrutura do Poder Legislativo

A primeira questão a ser ressaltada, quanto à estrutura do Poder Legislativo na atualidade, é que tanto nas esferas Federal, Estadual como Municipal, possui autonomia administrativa e financeira, respeitando respectivamente a Constituição Federal, as Constituições de seus Estados e também as Leis Orgânicas Municipais.

A representação do Poder Legislativo na esfera federal é bicameral, ou seja, existem duas Casas Legislativas que compõe o Congresso Nacional, a saber, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. O artigo 44 da Constituição de 1988 dispõe: “o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”.¹⁴⁹

Sobre o Poder Legislativo no âmbito da União, mormente a característica do bicameralismo, preleciona Silva:

No bicameralismo brasileiro, não há predominância substancial de uma câmara sobre a outra. Formalmente, contudo, a Câmara dos Deputados goza de certa primazia relativamente à iniciativa legislativa, pois é perante ela que o Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os cidadãos promovem a iniciativa do processo de elaboração das leis.¹⁵⁰

Semelhante são os ensinamentos de Lenza¹⁵¹, para quem vigora, no Brasil, o “bicameralismo federal, no âmbito federal. Ou seja, o Poder Legislativo no Brasil, em âmbito federal, é bicameral, isto é, composto por duas Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal”, sendo a primeira constituída por representantes do povo, ao passo que a segunda é composta por representantes dos Estados-membros e do Distrito Federal.

Também Paulo e Alexandrino dissertam sobre o bicameralismo no âmbito federal, destacando a importância da opção do constituinte, nos seguintes termos:

[...] um dos pontos nucleares da teoria federalista clássica é a exigência de que todos os entes federados participem da formação da vontade nacional, o que é assegurado por meio de representação deles no órgão legislativo central. No Brasil, a participação dos estados e do Distrito Federal no processo legislativo nacional dá-se por meio da representação paritária desses entes no Senado Federal.¹⁵²

¹⁴⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Salvador, Jus Podium, 2018, art. 44.

¹⁵⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 509.

¹⁵¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 595.

¹⁵² PAULO; Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 549.

Assim, percebe-se que, da mesma forma que o sistema americano, a Câmara dos Deputados brasileira tem a missão de representar a população brasileira. O número de representantes por Estado e Distrito Federal será equivalente a população dos mesmos, nunca inferior a oito e nem superior a setenta Deputados.

Já o Senado Federal é composto por três representantes de cada Estado e do Distrito Federal, eleito pelo sistema majoritário, também por votos secretos, para cumprir um mandato de oito anos. No entanto, o Senado Federal é renovado a cada quatro anos, sendo uma vez por 1/3 (um terço), e outra vez por 2/3 (dois terços) de seus representantes.

Em suma, o Senado é interpretativamente considerado a Casa mais alta em relação à Câmara dos Deputados, embora a maioria quase absoluta das matérias sejam apreciadas nas duas casas. Isso porque o Senado representa a força de cada Estado individualmente, que juntos formam um bloco representativo com poderes legislativos e a Câmara dos Deputados representa a nação como um todo.

Cumpra salientar que tanto os Deputados Federais quanto os Senadores possuem competências privativas preceituadas na Constituição da República, não podendo haver a ingerência de um órgão no outro.

No âmbito Estadual e no Distrito Federal, diferentemente da esfera Federal, o Poder Legislativo é unicameral, ou seja, de uma única Casa Legislativa constituíam-se Assembleias Legislativas, onde atuam Deputados Estaduais e Distritais, eleitos em sistema proporcional, através de voto direto e secreto, para exercerem um mandato de quatro anos. A esse respeito prelecionam Paulo e Alexandrino:

[...] diferentemente do que se verifica no plano federal, nos estados, no Distrito Federal e nos municípios o legislativo é unicameral, composto por uma única Casa integrada de representantes do povo. Assim é porque os entes federados menores não precisam ter uma segunda Casa destinada a garantir o equilíbrio federativo, uma vez que tal equilíbrio já é obtido por meio da representação partidária de estados e do Distrito Federal, no Senado Federal. Com efeito, não faria sentido, por exemplo, imaginar uma segunda Casa no Poder Legislativo do estado-membro “X”, na qual fossem representados os demais estados da Federação, porque não há razão para que outros estados-membros participem do processo legislativo que dará origem a leis que somente vigorarão em “X”. Tampouco se poderia cogitar de uma segunda Casa no Poder Legislativo do estado-membro “Y”, na qual fossem representados os municípios situados em seu território, porque a estrutura do federalismo adotado pelo nosso constituinte originário não comporta participação de municípios nos processos legislativos de quaisquer outros entes federados.¹⁵³

¹⁵³ PAULO; Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 549.

Decerto, essa é a justificativa para que, no âmbito do Distrito Federal, Estados-membros e Município seja o Legislativo composto por apenas uma casa.

Ao dissertar sobre a estrutura do Legislativo no âmbito Estadual e do Distrito Federal, já incluindo também os Municípios, Lenza assim sintetiza:

O Poder Legislativo em âmbito estadual, municipal, distrital e dos Territórios Federais (estes últimos, quando criados), ao contrário da estrutura do legislativo federal, é do tipo unicameral, pois composto por uma única Casa, conforme se observa pela leitura dos arts. 27, 29, 32 e 33, § 3.º, última parte, todos da CF/88.¹⁵⁴

As eleições dos Deputados Estaduais são realizadas simultaneamente com as eleições gerais de Governadores, Senadores, Deputados Federais e Presidente da República. E, conforme estipula o art. 271 da Constituição da República de 1988, o número de Deputados nas Assembleias Legislativas, obedecerá “ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingindo o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze”.¹⁵⁵

Por fim, nos Municípios o Poder Legislativo é exercido pela Câmara Municipal, que é composta por vereadores, eleitos também pelo sistema proporcional. O número de vereadores (máximo e mínimo) é determinado pela Constituição Federal, com limite mínimo de nove e máximo de cinquenta e cinco.¹⁵⁶

Resta claro que dos três Poderes, é no Legislativo que a vontade popular é aquilatada para atender aos anseios sociais necessários ao acompanhamento da evolução social normativa nos âmbitos federal, estadual e municipal.

¹⁵⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 595.

¹⁵⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Salvador, Jus Podium, 2018.

¹⁵⁶ CASTRO, José Nilo. *Direito municipal positivo*. 6ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.67.

4. A INSTÂNCIA DE DECISÃO FINAL DA SOCIEDADE ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO

A primeira questão a se destacar nesse contexto é que as assembleias democráticas são, conforme visto, o *grande locus* de representação democrática, e não os tribunais Constitucionais. Estes possuem grande importância, mas não podem resolver questões para os quais não possuem legitimidade, sob pena de deslocamento do processo político para as mãos dos julgadores.

Platão já observava que os juízes devem aplicar as leis e as pô-la em prática conforme estas foram aprovadas pelos “guardiões”.¹⁵⁷ Obviamente, a comparação que se faz dos “guardiões” de Platão é com o poder legislativo. Percebe-se que a teoria política desde a Grécia antiga separa os aplicadores da lei de seus artífices. Ademais, não dá poderes aos aplicadores para criar a legislação, exatamente sob o risco de uma situação de tirania.

Não é demais lembrar que para Montesquieu e Locke a teoria política liberal é caracterizada pelo reconhecimento de que o Poder Legislativo é a grande instância de representação popular. Com o deslocamento da competência para a esfera do Judiciário, o que se deve por diversos fatores, a representação popular irá perder sua força.

O poder judiciário, não sendo eleito em grande parte dos países, não tem legitimidade democrática para decidir discricionariamente. Porém, mesmo em países onde esse poder possui eleições diretas (no caso dos Estados Unidos, para os juízes de piso), o judiciário não é o poder constitucionalmente revestido no poder para emanar juridicamente a vontade popular, revertendo-a na criação de leis.

Não se ignora que muitas vezes o poder judiciário deve atuar de forma contramajoritária. Inclusive, a teoria moderna da representação política “surgiu precisamente para resistir a prepotência do número”.¹⁵⁸ Ocorre que, neste trabalho não se discute a legitimidade do poder judiciário de decidir de maneira contramajoritária, mesmo contra o poder legislativo, no caso da promulgação de uma legislação inconstitucional.

A característica de poder contramajoritário do judiciário é de grande importância para o funcionamento das democracias modernas, que ao mesmo tempo que garantem a

¹⁵⁷ PLATÃO. *Das Leis*. 2ª edição. Bauru: EDIPRO, 2010, p. 494.

¹⁵⁸ RIBERI, Pablo. *Teoría de la representación política*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 306.

vontade de maioria, protegem os direitos fundamentais das minorias e o próprio funcionamento das regras do “jogo democrático”.

O que se discute é qual o local adequado para a tomada de decisões discricionárias em uma democracia, em especial decisões relativas a regulamentação da comunidade de forma geral.

O poder legislativo é, em democracias, o *locus* para discussões e a tomada de decisões discricionárias. Afinal, os integrantes desse poder são eleitos exatamente para representar as aspirações populares. Desde que respeitado o processo democrático e os direitos fundamentais inscritos constitucionalmente, esse poder possui a legitimidade de decidir de uma forma ou de outra, quando da elaboração de leis.

A teoria da ponderação de valores parece bastante interessante em um primeiro momento, pois dá mais força aos princípios e com isso aos valores constitucionais, que como visto, tem uma textura aberta, o que dificultaria sua concretização. A ponderação de valores seria uma forma de concretização, portanto, dos valores constitucionais.

Apesar disso, existe crítica na doutrina de que a teoria da ponderação teria se transformado, no Brasil, em um “álibi teórico para o exercício dos mais variados modos de discricionarismos e axiologismos. E, diversas oportunidades, critiquei o ab-uso do que por aqui chamamos de “ponderar”.”¹⁵⁹

Na Alemanha também existem críticas a técnicas que buscam harmonizar valores constitucionais como uma forma de decisionismo interpretativo, que iria deslocar o legislativo, transformando o mesmo em mero emissor de diretivas. Assim, o Estado parlamentar se transformaria em um Estado judicial de tribunais constitucionais.¹⁶⁰

Haveria, nesse contexto, um indesejado decisionismo, ou seja, a possibilidade do poder judiciário em decidir conforme suas próprias convicções morais e políticas, sendo as teorias valorativas de decisões uma forma de ocultamento desse decisionismo interpretativo.¹⁶¹

Dessa maneira, o centro das decisões discricionárias passaria ao poder judiciário. Com isso, existiria automaticamente um achatamento do poder legislativo, que deixaria de ter suas funções próprias, de regulamentar o ordenamento jurídico. Ele passaria a dar apenas, como já notado, “diretivas gerais” a serem seguidas (ou não) pelo judiciário.

¹⁵⁹ STRECK, Lênio. *Lições de crítica Hermenêutica do Direito*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016, pp. 134-135.

¹⁶⁰ FISCHER-LESCANO, Andreas. *Crítica da concordância prática*. In: CAMPOS, Ricardo (Org.). *Crítica da ponderação – Método Constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47

¹⁶¹ *Idem*.

Neste contexto podemos perceber um aumento dramático de poder pelo judiciário, que de “boca da lei” no positivismo jurídico clássico, passaria a ser o centro nervoso do ordenamento jurídico, sendo ele ao mesmo tempo legislador e julgador.

O poder judiciário em diversos países, como no Brasil, não é eleito, mas formado por pessoas que passaram em concursos públicos (magistrados de 1ª instância e a maioria dos de 2ª) ou que foram nomeados ao cargo (1/5 dos magistrados de 2ª instância e todos das instâncias superiores).

Em uma democracia moderna, se espera que cada poder possua seu próprio âmbito, sendo a divisão de poderes efetuada exatamente para se evitar decisões arbitrárias e para se restringir o poder do Estado frente ao cidadão, conforme a ideia do liberalismo clássico, lançada no iluminismo.

Podemos ver como essa noção evoluiu e chegou à atualidade. Em um país com um sistema presidencialista, a realeza poderia se identificar com o presidente da república, pois ele decide sozinho. A aristocracia com o poder judiciário, em especial quando pensamos na ideia do “conselho de sábios”. Finalmente, a democracia pode ser associada ao parlamento, seja ele unicameral, típico de países unitários, ou bicameral, no caso de Estados federados.

Maquiavel já dizia: “Por isso, não há nada que torne mais estável e firme uma república do que ordená-la de tal modo que a alteração dos humores que se agitam encontre via de desafogo ordenada pelas leis”.¹⁶² O poder legislativo constituído é exatamente a forma de desafogo dessas “agitações”, ou seja, dos anseios populares.

O poder judiciário, se for investido do poder total, iria se corromper, exatamente da forma que Aristóteles previa e se transformaria em um poder onipotente e antidemocrático.¹⁶³ Aliás, reforçando essa ideia, é importante lembrar o ocorrido em Cartago, quando do final da 2ª guerra púnica. Nessa ocasião o poder estava sendo exercido totalmente por juízes, apontados vitaliciamente. Esses juízes formaram uma cabala e agiam com prepotência, e estavam desviando recursos enormes do erário, relativos a receitas providas de tributos. Foi necessária a interferência de Aníbal Barca¹⁶⁴ para acabar com essa situação, elegendo juízes com magistraturas temporárias de 1 ano.¹⁶⁵

¹⁶² MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 33.

¹⁶³ É atribuída a Lord Acton a seguinte frase: “O Poder corrompe, o poder absoluto corrompe absolutamente”.

¹⁶⁴ Aníbal Barca invadiu a península itálica com elefantes, com o propósito de conquistar Roma. Foi derrotado ao final da 2ª guerra púnica pelo General Romano Scipio Africanus.

¹⁶⁵ LIVY, Titus. *The history of Rome from its Foundations, books XXXI-XLV*. London: Penguin Classics, livro XXXIII, 46 e 47.

A história demonstra que os tempos mudam, mas a natureza humana continua exatamente a mesma. Concentrar poder nas mãos do judiciário, dando uma discricionariedade no julgamento de casos concretos, parece bastante perigoso. A teoria da ponderação daria essa discricionariedade, o que não é desejável. No entanto, em um âmbito de aplicação bastante restrito, ainda poderíamos entender a mesma como constitucional e democrática. Isso depende em grande parte de uma autocontenção do poder judiciário.

A independência do poder judiciário, no Brasil, foi consagrada na Constituição Federal de 1988, atualmente vigente.¹⁶⁶ Essa independência obviamente é de grande importância, pois assegura o necessário distanciamento que o judiciário deve guardar dos demais poderes.

Ao mesmo tempo que a independência do judiciário pode ser vista como uma conquista, a vitalidade dos membros desse poder no Brasil deveria gerar preocupação, uma vez que o ideal democrático é sempre a alternância de poder. Aristóteles já alertava que nenhuma magistratura¹⁶⁷ deveria ter vitalícia.¹⁶⁸

O poder judiciário é um dos três poderes que foram classicamente descritos¹⁶⁹, e pela teoria clássica liberal, deve servir de contrapeso aos demais poderes.

No que concerne aos fundamentos a serem utilizados pelo Poder Judiciário em sua função jurisdicional, Silva¹⁷⁰, mais uma vez esclarece que deverão ser “ordens gerais e abstratas, que são ordens legais, constantes ora de corpos escritos que são as leis, ora de costumes, ou de simples normas gerais”.

Comunga desse entendimento Bulos¹⁷¹, para quem a jurisdição deve ser exercida através de ordens legais, gerais e abstratas. Entretanto entende que só deverá usar-se eventualmente dos costumes e ainda acrescenta como fontes da jurisdição a equidade, princípios gerais de Direito e a analogia. Também ressalta que, incumbida da função jurisdicional, as decisões judiciais devem levar em conta os fins sociais dos preceitos normativos assim como as exigências do bem comum. A jurisdição não deve ser confundida com legislação ou administração.

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 54.

¹⁶⁷ A palavra “Magistratura” aqui deve ser entendida como era na Grécia ou em Roma antiga, como um cargo político de mando, e não como tem sido consagrado na língua portuguesa em tempos mais recentes como uma carreira dentro do judiciário.

¹⁶⁸ ARISTÓTELES. *A Política*. 2ª edição. Bauru: EDIPRO, 2009, p. 212.

¹⁶⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 523.

¹⁷⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 554.

¹⁷¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 90.

Para tanto, Silva¹⁷² se vale de diferenciá-los. Para o doutrinador, o legislador deve editar as normas de maneira abstrata, enquanto o poder jurisdicional é quem deve se encarregar de fazê-las aplicar-se na solução das lides, assim como se trata de administração as competências conferidas ao Poder Executivo.

Outra função importante do Poder Judiciário da qual não se deve esquecer, conforme muito bem alude Carvalho¹⁷³, é o de controlar os outros Poderes do Estado fazendo valer-se da Constituição.

Ainda segundo Carvalho, a relação entre a Democracia e o Judiciário é muito estreita e logo em seguida traz à luz um tema muito importante a respeito da judicialização da política:

[...] a judicialização da política e das relações sociais. A tal respeito expõe: a crescente expansão do direito, dos seus procedimentos e instituições sobre a política e a sociabilidade tem levado o Judiciário a se desbordar do quadro da aplicação contenciosa da lei para uma apreciação do mérito do ato ou fato posto sobre sua aplicação. Desse modo a aplicação da estrita legalidade não basta, cabendo o Judiciário sindicar a legitimidade da questão sobre julgamento. [...] a crescente explosão de conflitos, cada vez mais complexos e pontuais, tem acarretado uma inflação legislativa, caracterizada pela aprovação de leis de circunstância, o que enfraquece o direito em razão de uma pragmatividade exagerada. Daí a tendência de se editar normas mais abertas e genéricas, cuja falta de precisão e clareza acaba por ampliar a discricionariedade do Poder Judiciário e promover a inserção da atividade jurisdicional na vida política, social e econômica.¹⁷⁴

Dessa forma, observa-se que tem o Judiciário atuado de forma mais ativa, o que é elogiado por alguns e criticado de forma ferrenha por outros. Isso se deve porque atualmente, uma das grandes críticas realizadas ao Poder Judiciário é o crescente ativismo judicial percebido através da jurisprudência consolidada que, ao possuir ou ser vista como se possuísse caráter vinculante, acaba sendo considerada como legislação sobre determinada matéria, tratando-se de função que não pertence ao referido Poder e sim ao Poder Legislativo. Referida questão pode ser percebida através da análise da jurisprudência sumulada pelos Tribunais Superiores, visto que regulamenta até mesmo questões que sequer estão previstas na legislação infraconstitucional.

Antes de se discutir diretamente o tema, é importante traçar uma breve contextualização histórica do ativismo judicial. Conforme disserta Moraes¹⁷⁵, o termo

¹⁷² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, 554.

¹⁷³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição; Direito Constitucional Positivo*. 16ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pp. 1317-1318.

¹⁷⁴ *Idem*.

¹⁷⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, pp. 523-524.

ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez por Arthur Schlesinger Júnior, no ano de 1947 em um artigo sobre a primeira Corte nos EUA.

Fazendo a mesma contextualização histórica, Barroso destaca que as origens do ativismo judicial se deram justamente na jurisprudência estadunidense e que, em princípio, se postava de forma conservadora. Barroso, ainda retoma os principais fatos históricos que permearam pela primeira vez as decisões da Suprema Corte americana no sentido ativista:

Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954) acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richard v. Frontiero*, 1973), assim no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e na interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).¹⁷⁶

Também se referindo as primeiras decisões históricas consideradas como ativistas no direito norte-americano, na qual se destaca o conservadorismo, Moraes¹⁷⁷ também destaca o caso *Dred Scott*, julgado pela Suprema Corte americana em 1857. Tal tribunal julgou, na ocasião, que o direito de propriedade dos donos de escravos deveria ser protegido, de maneira que seria inconstitucional “[...] lei que libertava automaticamente os escravos que ingressassem em território onde a escravidão tivesse sido anteriormente abolida”.

Anos mais tarde, o ativismo judicial estadunidense começa a tomar outro rumo, conforme esclarece novamente Moraes,¹⁷⁸ fato destacado no caso *Brown v. Board of Education*, onde a Corte Warren, tomando posicionamento inovador e derrubando seu precedente, declarou como inconstitucional a lei que compartilhava a doutrina “iguais, mas separados”, pondo fim, dessa forma, na segregação racial legal até aquele momento nos EUA.

A respeito de ativismo judicial, devemos notar que questões que envolvem valores muitas vezes são interpretados de maneira diferente pelas cortes constitucionais. Dessa forma, percebe-se que não existe um “padrão” nos valores a serem adotados pelas

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76.

¹⁷⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 21.

¹⁷⁸ *Idem*.

mesmas. Assim, será que os valores a serem adotados não seriam aqueles da sociedade, por meio de seus representantes legais?

Na década de 70, com a diferença de apenas 2 anos, as duas cortes constitucionais mais respeitadas do mundo deram decisões totalmente diversas sobre um mesmo tema, muito controverso: O aborto.

Em 1973, ao julgar o caso *Roe v. Wade*, a Suprema Corte Americana acabou por descriminalizar o aborto, levando em conta o direito de liberdade da mulher. Em contraponto, a Corte Constitucional Alemã (BVG), em 1975 julgou inconstitucional uma lei que liberava o aborto até o terceiro mês, considerando que o direito de liberdade da mulher não poderia se sobrepor ao direito de vida do bebê.¹⁷⁹

Em verdade, os órgãos de cúpula do Poder Judiciário são dotados do poder de atribuir uma interpretação própria à determinada legislação, o que espelha a força da jurisprudência, já que esta vai além da letra fria da lei. O problema insere-se na legitimidade para realizar a referida interpretação legal, visto que, somente os órgãos competentes, inseridos de acordo com a função atribuída pelo Estado, poderiam vir a legislar.

Neste diapasão, é cediço que o magistrado não está munido de tal legitimidade, não podendo atender à vontade do povo em suas decisões, tendo um compromisso apenas com a verdade e a justiça, o que leva a crer que o poder normativo viria a ferir a democracia participativa ou semidireta que embasa o Estado Democrático de Direito.¹⁸⁰

Por outro lado, os defensores do poder normativo atribuído ao Poder Judiciário, afirmam que, muito embora a Constituição Federal de 1988 institua os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como independentes e harmônicos entre si, tratando-se do princípio da separação dos poderes, cada um deles desenvolve funções típicas e atípicas, sendo que, no caso do Judiciário, este, além de julgar, pode legislar em alguns momentos com a criação de súmulas, não se tratando de ato inconstitucional.

Toda a valorização dos direitos e garantias fundamentais juntamente com a preocupação de se instituir na República Federativa do Brasil a separação de poderes, fez então que a promulgação da Constituição de 1988 fosse responsável por abrir espaço para uma nova percepção do papel constitucional, fazendo com que os juristas dedicados ao estudo do Direito Constitucional, passassem a perceber e incorporar um movimento teórico e ideológico, o neoconstitucionalismo.

¹⁷⁹BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Constitutional and Political Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 210.

¹⁸⁰ LEITE, Roberto Basiloni. Direito Sumular do Trabalho. In: AZEVÊDO, Jackson Chaves de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2001, p. 23.

O termo “neoconstitucionalismo” possui múltiplos significados na Teoria do Direito Constitucional e também na Filosofia do Direito. Como observa Carvalho¹⁸¹, o neoconstitucionalismo enquadra-se em uma perspectiva jurídica, porém, seu alcance é também sociológico. Assim, juridicamente, equivale a um sistema normativo que tem por núcleo a Constituição, elevando-se aos detentores do poder quando muito restringindo a livre efetivação deste.

Porém, sociologicamente o termo remete à ideia de verdadeiro movimento social, no que diz respeito à supra aventada limitação do poder, pois, dessa forma, impede-se que os governantes conduzam o Estado ao seu bel prazer, priorizando seus próprios interesses e regras em detrimento da sociedade e do soberano povo.

No início do século XXI uma nova perspectiva histórico-constitucional surgiu. Ao constitucionalismo social de outrora, incorpora-se um constitucionalismo fraternal e de solidariedade diz Carvalho.¹⁸²

Exatamente por isso Möller¹⁸³ defende que o neoconstitucionalismo é muito melhor definido como movimento próprio do constitucionalismo contemporâneo, que clama mudança de atitude dos operadores jurídicos, mormente nas questões práticas.

Möller¹⁸⁴ esclarece, ainda, que o movimento em análise, dada a sua amplitude e repercussão, está presente em várias searas e campos jurídicos, o que é comprovado quando filósofos do Direito se põem a discutir a questão, assim como ocorre com processualista, constitucionalista, dentre outros, sendo um ponto principal das análises e debates o conflito entre o neoconstitucionalismo e a democracia ou entre as competências dos órgãos e/ou Poderes do Estado.

Surgiu, então, o neoconstitucionalismo – o constitucionalismo de outrora revisitado – agora já pós-moderno e também pós-positivista, que terá como suas principais características, prossegue Carvalho¹⁸⁵, a compreensão de que a supremacia constitucional é o elemento integrador da comunidade política, queda da dicotomia soberania popular e direitos humanos como legitimadores da ordem jurídica, bem como, da dicotomia do direito natural e direito positivo, pela percepção de que a Constituição elenca preceitos morais (valores) que devem estar em cena quando se trata de legitimar a ordem jurídica.

¹⁸¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição; Direito Constitucional Positivo*. 16ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 249.

¹⁸² *Idem*.

¹⁸³ MÖLLER, Friedrich. *Métodos de trabalhos do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 43.

¹⁸⁴ *Idem*.

¹⁸⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição; Direito Constitucional Positivo*. 16ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 249.

Ao analisar o tema, Mendes¹⁸⁶ ressalta que se denomina neoconstitucionalismo “a compreensão da Constituição como técnica de proteção das liberdades”, o que é atributo do constitucionalismo moderno, que busca conhecer para discernir o próprio momento atual.

Sobre o surgimento do neoconstitucionalismo, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Dutra:

Essa nova corrente de pensamento constitucional recebeu a denominação de “neoconstitucionalismo” ou “novo Direito Constitucional”, permitindo o nascimento de um novo modelo jurídico, “o Estado Constitucional de Direito”, que superou o ultrapassado “Estado Legislativo de Direito”. Com isso, houve a migração da lei e do princípio da legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do princípio da constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica dotada de força vinculante, de plena obrigatoriedade, de supremacia material e de intensa carga valorativa.¹⁸⁷

Não obstante, aduz a não compreensão dos princípios constitucionais como meras normas éticas, mas sim como pressupostos de uma racionalidade subjetiva e comunicativa que busca consensos intersubjetivos quando estão em questão proposições cuja validade é questionável.

Ainda, quando se trata de elencar os elementos do novo constitucionalismo, está em pauta: abertura constitucional e superação da hermenêutica tradicional em prol de uma técnica que dê conta tanto da necessidade de fundamentações racionais quanto da resolução dos conflitos com base nos valores constitucionais, de maneira sistemática e procurando equilibrar as ambivalências do mundo atual, ou ainda, como Carvalho¹⁸⁸ prefere chamar, pós-tradicional. “Daí se pensar o neoconstitucionalismo como um modo antijuspositivista de aproximação do direito”.¹⁸⁹

Assim, o neoconstitucionalismo exige uma orientação analítica e hermenêutica, fazendo da exegese uma prática comprometida com a aplicação dos direitos fundamentais. Segundo Carvalho¹⁹⁰, será acolhida a tese de conexão entre direito e moral, pois, a partir do momento em que se prevê a necessidade de uma prática construtivista para os valores democráticos do novo Estado, não é mais possível afastar o conjunto de valores morais abarcado por aquele.

¹⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 54.

¹⁸⁷ DUTRA, Luciano. *Direito constitucional essencial*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 94.

¹⁸⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição; Direito Constitucional Positivo*. 16ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 50.

¹⁸⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição; Direito Constitucional Positivo*. 16ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 252.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 253.

[...] o neoconstitucionalismo atribui às Constituições atuais, além de uma força formal de validade, uma densidade material normativa, o que leva o conceito de direito a uma dimensão de fundamentação que qualifica aquela validade a partir de um mínimo de justificação ética.¹⁹¹

Para Carvalho¹⁹², descobrir o direito das partes, sem para isso inventar novos direitos, será a difícil tarefa dos magistrados nos *hard cases*. A figura do juiz de direito não pode transpor o papel do poder legislativo, contudo, tendo por base os princípios fundamentais do direito, estão responsáveis para agir como delegados daquele poder, “promulgando” as leis que os legisladores promulgariam quando de encontro com determinado fato concreto.

Diversas são as características do neoconstitucionalismo: Pragmatismo, ecletismo metodológico, principialismo, estatalismo garantista, judicialismo ético-político, interpretativismo moral-constitucional, pós-positivismo, juízo de ponderação.¹⁹³

É nesse início de século que o Direito como verdadeira expressão da justiça é retomado, ressaltando a importância da dimensão valorativa que a metodologia jurídica deve adotar em concordância com o ideal constitucional, sem, contudo, abandonar a crença na racionalidade como instrumento de segurança jurídica.

Assim, o Direito do século XXI distancia-se das propostas de teorias de direito, até então, dominantes. Em primeiro lugar, é o oposto ao positivismo, naquilo em que este mais se apoiava. Como todos sabem, a estrutura do positivismo sustentava-se pela separação do direito com a moral e a política (e porque não em relação à economia, que não ocupava o papel que ocupa hoje).

Em segundo lugar, também se afasta das inconsistências do jusnaturalismo e nos poucos pontos em que poderia ser confundido com ele, pois o neoconstitucionalismo é fundado em proposta de incremento de racionalidade, como a festejada ponderação. Finalmente, e em terceiro lugar, o realismo jurídico e a sua dimensão sociológica não ficam descurados em uma proposta que age sobre o direito útil.

O neoconstitucionalismo é, portanto, uma teoria adequada à realidade das democracias ocidentais. Os princípios, que eram a última fonte a ser recorrida na interpretação jurídica, tomam agora o lugar de primeira fonte. Sem exageros, os

¹⁹¹ *Idem*, p.253.

¹⁹² *Ibidem*, pp. 153-254.

¹⁹³ BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *Nas Fronteiras da Argumentação*. 2ª edição. Salvador: Editora Jus Podium, 2018, p. 40

princípios são o fundamento da sistemática jurídica, que deve ser adotada a partir do fim do século XX até os dias atuais.

Tal doutrina, assim, conseguiria resolver o problema da concretização da real importância do princípio da dignidade humana, que, segundo Kant, os seres humanos seriam dela merecedoras simplesmente por serem seres racionais.¹⁹⁴

O neoconstitucionalismo resolveria também a falta de concretude dos direitos constitucionalmente inscritos também no âmbito privado, eis que os princípios constitucionais permeiam todo o ordenamento. Ainda conforme o pensamento de Kant, “como esse direito privado deve ser assegurado, a realização do reino dos fins exige o direito público, dividido em três níveis – o direito civil, o direito das gentes e o direito cosmopolita(...)”.¹⁹⁵

A (suposta) adequação do neoconstitucionalismo aos tempos atuais não é isenta de críticas. Existem diversos autores que criticam o excessivo caráter aberto das teorias neocostitucionalistas.¹⁹⁶

O status da teoria da interpretação baseada em moldes neoconstitucionais, foi alcançada pela contaminação da teoria do direito pela filosofia, como por exemplo, a tópica, as hermenêuticas clássicas incrementadas pela metodologia contemporânea, bem como, a argumentação jurídica.

Contudo, diante da pluralidade enfrentada com o advento do neoconstitucionalismo, as metodologias adotadas em detrimento de outras devem ser argumentativamente justificadas e, em caso de mudanças metodológicas, devem ser avisadas, tudo isso com a finalidade de garantir o respeito ao princípio da universalidade e coerência da jurisprudência constitucional.

Não há como negar, portanto, que este movimento reformula a concepção do Direito Constitucional tornando-o mais dinâmico e presente na sociedade. A dinamicidade permitida pelo neoconstitucionalismo, porém, foi objeto de inúmeras críticas atribuídas à suposta ausência de legitimidade da atuação judicial. A esta nova posição proativa do Poder Judiciário dá-se o nome de ativismo judicial.

Uma das práticas que mais tem chamado a atenção dentro da interpretação e aplicação do Direito, em especial no que se refere à Constituição Federal de 1988, tem sido o fato a que se tem levado o Poder Judiciário, principalmente dentro do Supremo

¹⁹⁴ SANDEL, Michael J. *Justiça- o que é fazer a coisa certa*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2015, p. 136.

¹⁹⁵ NOUR, Soraya. *À pax perpétua de Kant – Filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. 2ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 28.

¹⁹⁶ Vide em especial *Crítica da ponderação – Método Constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

Tribunal Federal, a proferir decisões de cunho normativo. O ativismo judicial, como é chamado, é tido como o fato do exercício de funções para além dos limites impostos pelo ordenamento.

Várias discussões remetem a possibilidade, legitimidade e mesmo conceituação do que seria o chamado ativismo judicial. Fato este que não se encontra, nas pesquisas e escritos sobre esse tema, uma uniformidade de pensamento a respeito do mesmo.

Quanto aos fatos que impulsionaram ativismo judicial no Brasil, Moraes¹⁹⁷ destaca que, com o advento da Constituição Federal de 1988, fortaleceu-se o poder Judiciário e a Jurisdição Constitucional no país, em principal no que se refere aos mecanismos de controle jurisdicional e aos vigorosos efeitos das decisões, “[...] vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçadas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Não se pode ignorar, nesse ponto, que somente com o fim do regime ditatorial e com a promulgação da supracitada Constituição é que o Brasil passou a ter condições propícias para o desenvolvimento do ativismo judicial, que atualmente é exercido fortemente, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal.

Outra questão que não pode ser ignorada ao se tratar do ativismo judicial é o neoconstitucionalismo, que se diferencia do positivismo, pois considera como normas, além das leis positivadas, os princípios constitucionais, vinculando o intérprete e o aplicador da norma constitucional. Justamente pelo predomínio do neoconstitucionalismo, com o advento da Constituição Federal de 1988, os magistrados e operadores do Direito buscam, cada vez mais, pela efetividade das normas constitucionais e pela aplicação dos direitos humanos e fundamentais.

Os princípios, ao se caracterizarem por uma ampla carga de subjetividade e flexibilidade na aplicação ao caso concreto, podendo ser sopesados, engrandecem a função da hermenêutica jurídica, pois será através dela que os operadores do Direito poderão garantir a efetiva aplicação dos ditames constitucionais, o que justifica o ativismo judicial e crescente edição de súmulas.

¹⁹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 20.

A esse respeito leciona Branco:

Do sobredito, verifica-se que o Poder Judiciário, anteriormente dedicado a uma interpretação jurídica reduzida à exegese do texto, tão comumente constatada pelas vias de operação de uma simplificada subsunção dogmática, a partir do Estado Democrático de Direito, inaugurado e proclamado pela Carta Republicana de 1988, redefine, o seu papel à luz do conteúdo do texto magno, de modo que suas decisões passam a se mostrar marcadas por posições jurídicas e argumentações voltadas a uma atuação comprometida com a efetivação dos direitos humanos fundamentais assegurados – inclusive os de índole sociotrabalhista – dando vida à Constituição brasileira, através de respostas apresentadas às demandas dos cidadãos formuladas perante os tribunais judiciários.¹⁹⁸

Destaca-se ainda que, a partir do final do século passado, o Poder Judiciário passou a expandir-se com a adoção de tribunais constitucionais em países ocidentais que se utilizam da democracia, a fim de que estes controlassem a constitucionalidade das leis e conseqüentemente dos demais poderes integrantes.

Assim, surgiu a preocupação do respeito às normas constitucionais, somando-se às políticas públicas. Esse cenário possibilitou a participação do Judiciário nos processos decisórios relativos às questões políticas, já que se tornou o guardião da Constituição Federal.

A chamada judicialização da política pode ser notada quando se verifica a grande influência que grupos de interesse podem causar sobre a reforma e definição de instituições (públicas ou privadas), formulação e implementação de políticas públicas e distribuição de riquezas. Ou seja, trata-se do papel eminentemente político identificado nos juízes e nos tribunais constitucionais.¹⁹⁹

Em verdade, a atual expressão ativismo judiciário designa apenas uma espécie de “destaque” do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, verificada atualmente, principalmente, em razão do crescente número de decisões compatíveis com as bases ditadas pela Constituição Federal.²⁰⁰

Ocorre que o ativismo judicial, por não ser pacífica na doutrina sua significação, é um termo utilizado com significados plurais. Assim, diversas são suas definições, ora positivas, ora negativas, ora neutras.

¹⁹⁸ BRANCO, Ana Paula Taucedá. *O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho*. Revista LTr Legislação do Trabalho: Publicação Mensal de legislação, doutrina e jurisprudência, São Paulo, v. 74, n. 03, pp. 360-370, mar. 2010, p. 364.

¹⁹⁹ CASTRO, Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. 2011. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09>. Acesso em: 12 out. 2018.

²⁰⁰ BRANCO, Ana Paula Taucedá. *O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho*. Revista LTr Legislação do Trabalho: Publicação Mensal de legislação, doutrina e jurisprudência, São Paulo, v. 74, n. 03, pp. 360-370, mar. 2010, p. 09.

Para Barroso²⁰¹ “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

De forma um pouco diversa Ramos conceitua o ativismo judicial nos seguintes termos:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.²⁰²

Esse posicionamento pode ser, entretanto, demasiadamente negativo, conforme, pois posturas de ativismo por vezes se fazem necessárias, em principal diante das necessidades dos direitos fundamentais. Nesse sentido, cabe aqui destacar que o conceito apresentado por Ramos²⁰³ é incompatível com o que Barroso²⁰⁴ apresenta, pois para este está o ativismo diretamente relacionado à postura do interprete, proativo e expansivo.

Já Andrade²⁰⁵ afirma que o fenômeno “ocorre quando os Tribunais são chamados a se pronunciar quando o funcionamento do Legislativo ou do Executivo se apresentam falhos, insuficientes ou insatisfatórios, estimulando a aproximação entre Direito e Política”.

No entendimento de Ramos²⁰⁶, o ativismo judicial não dispõe de mecanismos democráticos suficientes para considerar legítimos os órgãos judiciais que o praticam.

Em contraponto, Barbosa, defendendo a atuação proativa do Poder Judiciário como nada menos que a atuação dentro dos limites impostos pela própria Constituição, afirma:

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

²⁰² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308.

²⁰³ *Idem*.

²⁰⁴ BARROSO, *Op. Cit.*, p. 20.

²⁰⁵ ANDRADE, Melanie Merlin de. O caso do Nepotismo: reflexões sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord). *Jurisdição e questões controvertidas de Direito Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 355.

²⁰⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308.

Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao Judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do Judiciário, entretanto inexiste tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade.²⁰⁷

Desta forma, mesmo a atuação proativa do Judiciário sendo muitas vezes criticada por influenciar ilegitimamente a sociedade, é inegável seu papel como protagonista na busca pela concretização dos direitos sociais e, contra majoritariamente, possibilitando a democracia.

Evidencia-se novamente a ideia de que o Judiciário Brasileiro acaba se tornando um poder com prerrogativas eficientes, que propiciam o dinamismo observado. Neste sentido leciona Toscano:

Ninguém se socorre do Judiciário senão para ver satisfeita ou, melhor dizendo, efetivada a sua pretensão. De nada (ou quase nada) adiantaria ter certo direito declarado se ele não pudesse ser realizado na prática, a menos, é claro, de ser o caso de ação meramente declaratória, em que o único objetivo é certificar a existência ou a inexistência de uma situação jurídica. Mas, em outros casos (v.g., ações constitutivas e ações de prestação), nos quais, além da certificação do direito, trazem, desde o início, a possibilidade de sua execução, o impedimento ao seu cumprimento sucumbiria à pretensão do demandante. Ter-se-ia a estranha e desagradável sensação de ganhar causa estéril, o que nada contenta, nem satisfaz. É para a efetividade que convergem todos os reclamos dos jurisdicionados. E não é só: fluem no sentido da efetividade, também, todos os esforços dos legisladores e aplicadores do direito.²⁰⁸

Assim, ao mesmo tempo em que se critica o ativismo judicial como uma interferência abusiva – ou ilegítima – por parte do Judiciário, o seu oposto, a autocontenção judicial poderia trazer mais malefícios que benefícios para a busca da concretização dos direitos e garantias fundamentais, tão protegidos e enaltecidos na atual Constituição.

Segundo Ramos²⁰⁹ a maior crítica quanto ao ativismo judicial é então percebida como uma atuação ilegítima do Judiciário para alguns. A falta de legitimidade estaria exatamente na crença de que a postura proativa estaria, na verdade, ferindo o instituto da Tripartição dos Poderes.

²⁰⁷ BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível. In: ANDRADE, Fernando Gomes (Org.). *Estudos de direito constitucional*. Recife: Edupe, 2011, p. 150.

²⁰⁸ TOSCANO, Márcia Pessoa. *Princípio da Instrumentalidade substancial das formas e o ativismo judicial*. Revista Eletrônica Díke, vol. 1, nº 1, jan./jul. 2011, p. 06.

²⁰⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118.

Nesta linha, Ramos é incisivo em afirmar seu posicionamento contrário à prática do ativismo judicial:

Se não se pode afirmar que o ativismo judicial esteja necessariamente associado a Estados cujas Constituições adotam como dogma a independência e a harmonia entre os Poderes, não é menos verdadeiro que a identificação do fenômeno, em geral, provenha desses sistemas constitucionais. Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deteriorização do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime e legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da Separação dos Poderes.²¹⁰

O posicionamento do referido autor não é de todo refutado. Sua preocupação na imposição de limites na atuação do Poder Judiciário não deve mesmo ser tamanha a ponto de se diminuir a independência e se sobressair de maneira abrupta em relação aos demais poderes. Está-se cautelosamente criticando a proatividade judicial quanto a sua possibilidade de ferir a repartição dos Poderes.

Esta preocupação é expressa também nos ensinamentos de Canotilho, para quem:

[...] embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de se saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resultem o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro.²¹¹

De acordo com Santi,²¹² não se pode analisar o ativismo judicial sem considerar a separação dos Poderes, consagrada e reconhecida como cláusula pétrea, a teor do que dispõe o art. 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido questiona-se, por exemplo, qual seria a legitimidade do Poder Judiciário para impor ao Executivo algumas ações e políticas, “desprezando os critérios a este constitucionalmente estabelecido, como, por exemplo, cláusulas orçamentárias e limites de despesas”.

²¹⁰ *Idem.*

²¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2011, p. 559.

²¹² SANTI, Joyce. *Política do Poder Judiciário como fator de ativismo judicial: conceituação e casos*. Cadernos de Iniciação Científica: Faculdade de São Bernardo do Campo, São Bernardo do Campo, ano 8, v. 8. p. 42-51, 2011, p. 45-46.

Há, contudo, quem defenda que o possível desrespeito à separação dos poderes é meramente formal. Como bem leciona Clève,²¹³ sendo o poder soberano uno, pertencente ao povo, este não se divide. O que acontece, na verdade, é apenas uma tripartição de funções para evitar abusos, proporcionada pela junção das teorias de Rousseau e Montesquieu.

Na mesma linha Bulos que condiciona a prevalência do princípio da separação dos poderes apenas quando necessário para evitar abusos, podendo ser relativizado:

A interferência de um poder sobre o outro é apenas admissível para garantir direitos fundamentais, impedindo abusos e atentados contra a própria Constituição, caso contrário de nada adiantará a constitucionalização do princípio, porque ele existirá, apenas, nominalmente, sem qualquer relevância prática.²¹⁴

É evidente a característica analítica e ambiciosa da Constituição em resguardar formalmente direitos. Ao constitucionalizar uma matéria, a consequência é transformar política em Direito, como se extrai da lição de Barroso:

Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.²¹⁵

A partir da provocação do Judiciário, este não poderá abster-se de apreciar o caso, como bem ensina o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, advindo expressamente da Constituição, que em seu art. 5º, XXXV consagra a inafastabilidade da justiça.

Ainda, a Constituição atribui ao Supremo Tribunal Federal sua guarda, o que evidencia ainda mais a exigência formal ao dever de intervenção do Judiciário em questões litigiosas. Assim, não pode o Judiciário, como defensor e aplicador da lei, ausentar-se diante dos anseios da sociedade, “[...] surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados”.²¹⁶

²¹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord). *Jurisdição e questões controvertidas de Direito Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 112.

²¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 90.

²¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 03.

²¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 42.

A efetivação da democracia na atualidade está fortemente ligada ao fenômeno do ativismo judicial. Decerto, há uma clara ligação entre o ativismo judicial e a democracia, o que se dá o nome de “judicialização da política”,²¹⁷ sendo o Supremo Tribunal Federal institucionalmente obrigado a utilizar as diretrizes presentes na Constituição de 1988 como verdadeira ordem, ou seja, a mais alta Corte do país utiliza este preceito, atuando de maneira a ampliar o sentido do termo “justiça”, possibilitando, pela hermenêutica, a valorização dos princípios e não apenas das regras, o que permite maior credibilidade e efetividade na atuação do Estado, contribuindo, conseqüentemente, para a concretização democrática.

De acordo com Santi,²¹⁸ ao tratar do ativismo judicial não se pode deixar de questionar qual a legitimidade democrática do Poder Judiciário para exercer o poder político, já que os juízes não são eleitos. Logo, lhes faltaria o caráter essencial de representatividade. Sobre a efetivação da democracia oferecida pelo Poder Judiciário, que mantém sua característica inerte, comparecendo apenas quando provocado, Cittadino ensina:

[...] Ainda que o processo de judicialização da política possa evocar um vínculo entre “força do direito” e “fim da política” – ou seja, a ideia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras –, é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político. Finalmente, é importante considerar que se a independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida à sua passividade – o juiz só se manifesta mediante provocação –, os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhe são apresentadas.²¹⁹

Nesse contexto, o acesso à justiça como preceito constitucional promove a maior aproximação entre o Poder Judiciário e o cidadão. Mais próximo da realidade social ao julgar demandas, o Judiciário pode assim interferir mais ativamente na efetivação de direitos daqueles que até então eram esquecidos por constituir minorias, o que é reflexo do neoconstitucionalismo.

²¹⁷ Mesmo o presente trabalho ter utilizado os termos Ativismo Judicial e Judicialização da Política de maneira sinônima a fim de limitar o escopo de estudo proposto Contudo, é mister lembrar que autores como Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76) entendem que judicialização e o ativismo judicial primos, que, apesar de pertencerem à mesma família e “frequentarem os mesmos lugares, não tem as mesmas origens”. Para Barroso a judicialização decorre do modelo constitucional adotado no Brasil e, portanto, nesse caso, o judiciário não tem opção ao proferir suas decisões, pois é o que lhe cabe. Por outro lado, o ativismo se trata de uma atitude, ou seja, “a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.

²¹⁸ SANTI, Joyce. *Política do Poder Judiciário como fator de ativismo judicial: conceituação e casos*. Cadernos de Iniciação Científica: Faculdade de São Bernardo do Campo, São Bernardo do Campo, ano 8, v. 8. p. 42-51, 2011., p. 49.

²¹⁹ CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Revista Alceu. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, v. 5, nº 9, pp. 105-113, jul./dez. 2004, p. 106.

É o que se extrai dos ensinamentos de Appio, para quem:

[...] o Poder Judiciário tem a função política de proteger as minorias, e o ativismo judicial deve ser uma ferramenta de exceção para os casos em que o processo de representação política não está funcionando, ou mesmo quando determinadas categorias de pessoas são estigmatizadas historicamente por conta de características pessoais que as singularizam no contexto comunitário.²²⁰

Desta feita, tem-se a satisfação de direitos mínimos aos indivíduos como pressuposto da discussão sobre democracia, já que garante, de certa forma, a representatividade das minorias. Neste contexto o Poder Judiciário, ao contribuir diretamente para a efetivação dos direitos sociais mínimos, mesmo que por ações judiciais individuais, propicia, de certa maneira, a democracia. Se por um lado o ativismo judicial é defendido como a resposta para a inércia e má gestão do Poder Executivo e do Poder Legislativo na garantia dos direitos fundamentais, autores como Ramos²²¹ abordam o aspecto negativo do fenômeno em comento, pois atribuem ao Judiciário um desvio de suas próprias competências ao passar a julgar casos com demasiada subjetividade, carregando a decisão de valores morais próprios dos julgadores e não advindos da Constituição. A esse respeito leciona Ramos, que relaciona a questão à vasta utilização dos princípios:

[...] a principiologização do direito, característica do moralismo jurídico, desponta como a face mais visível desse pretense 'pós-positivismo' tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo das decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para a bem de ver, construí-la ao sabor das preferências axiológicas de seus prolores.²²²

Fato é que decisões importantes têm deixado de serem tomadas pelo Poder Legislativo e passado às mãos do Judiciário, ao que se tem de destacar principalmente ao Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, Almeida, também expõe a existência de tal crítica:

A Constituição brasileira é uma das que é pródiga em acalentar direitos sociais e considerá-los como fundamentais. Particularmente no Brasil, o Judiciário tem sido muito acionado para posicionar-se sobre o assunto e tem desempenhado, nos últimos anos e por alguns setores de seus órgãos jurisdicionais, um protagonismo inédito, o que alicerçou pesadas críticas a essa atuação, especialmente sob o prisma da separação de poderes e do princípio democrático.²²³

²²⁰ APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 307.

²²¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 300.

²²² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 314.

²²³ ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *O princípio da separação de poderes e direitos fundamentais sociais: a necessidade de releitura sob a ótica de um Estado Social de Direito*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 19, v. 77, pp. 185-206, out./dez. 2011, p. 198.

A resposta para tal indagação, como expõe novamente Almeida²²⁴, vem quando analisamos as funções do Poder Judiciário, diante do Estado Social e Democrático de Direito. Nesse contexto é necessário, conforme já exposto anteriormente também, repensar a separação de Poderes diante das atuais atividades e funções de cada Órgão, a se destacar o dever se zelar e garantir a eficácia dos direitos fundamentais e sociais previstos na nossa atual Constituição, ao qual cabe principalmente ao Poder Judiciário nos casos de omissão dos demais Poderes.

Sendo assim, conforme explana categoricamente Almeida²²⁵, “[...] não se justifica a invocação exclusiva do princípio da separação de poderes para impedir a apreciação jurisdicional de demandas que postulem a efetivação de direitos sociais”.

Ainda nessa discussão, cabe aludir o princípio formal de limitação/garantia da competência do Poder Legislativo que, conforme Fazio,²²⁶ é “[...] baseado na autoridade e no procedimento a ser adotado para determinadas decisões que afetem toda a comunidade”. Tal princípio, vale lembrar, não tem a pretensão de retirar o poder de controle do Poder Judiciário quando houver ofensa à direito, mas apenas a preservação da “competência decisória do Poder Legislativo que observe princípio material”.

Na intenção de garantir que seja tal princípio respeitado, Fazio²²⁷ explica ainda que se faz necessário que haja sempre uma fundamentação e uma justificação do Judiciário para legitimar sua competência quando na tomada de decisões baseadas em princípios.

Assevera que “não basta a invocação de princípios jurídicos, sendo necessária a justificação da competência decisória e a análise das consequências negativas da intervenção judicial em substituição ao legislador ou administrador”.²²⁸

As críticas ao ativismo judicial, portanto, ressaltam que, ao mesmo tempo em que se presencia uma atuação judicial mais ativa na concretização dos direitos fundamentais (o que se evidencia o ativismo judicial no exercício da prestação jurisdicional), é cada vez mais comum perceber magistrados prestando discursos e pronunciamento fora dos autos. Dada atitude repercute posições políticas e, por

²²⁴ *Idem.*

²²⁵ ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *O princípio da separação de poderes e direitos fundamentais sociais: a necessidade de releitura sob a ótica de um Estado Social de Direito*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 19, v. 77, pp. 185-206, out./dez. 2011, p. 203.

²²⁶ FAZIO, César Cipriano de. *Panorama sobre o ativismo judicial e a judicialização da política no Direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 103, v. 939, pp. 109-126, jan. 2014, pp. 118-119.

²²⁷ *Idem.*

²²⁸ *Idem.*

representar o Poder Judiciário, faz com que a opinião do magistrado acabe gerando reflexos em toda sociedade.

Para Ramos²²⁹ esse ativismo extrajudicial,²³⁰ por se manifestar fora dos autos, é responsável por tecer impressões quanto às diretrizes ideológicas e principalmente políticas do Judiciário, aproximando-o ainda mais do Poder Executivo e Legislativo, os quais, diferentemente do Poder Judiciário, possuem legitimidade formal para o exercício da atividade política.

Portanto, não se pode conceber que o Judiciário tenha, na atualidade, uma atuação eminentemente política. Na medida em que ganha espaço na seara política, por meio do ativismo judicial, o Judiciário acaba por enfraquecer o Poder Legislativo que é, como já dito, aquele que reflete efetivamente a representação popular, seja pela soberania do voto, seja pela diversidade dos representantes.

²²⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 315.

²³⁰ A expressão “ativismo extrajudicial” refere-se ao fato de certos Ministros do Supremo Tribunal Federal tem feito pronunciamentos públicos fora dos autos, de maneira a produzir efeitos políticos amplos, uma vez que suas opiniões possuem força junto a opinião pública.

5 UMA TENTATIVA DE RECONCILIAÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO COM A ORDEM DEMOCRÁTICA LEGISLATIVA

Diante da crescente atuação do Poder Judiciário, que vem adentrando no âmbito de atuação do Poder Legislativo, exercendo um papel político que não lhe é peculiar, principalmente se considerada a Teoria da Separação dos Poderes, mister se faz repensar a Teoria da Ponderação, de modo a buscar uma reconciliação desta com os princípios que norteiam a ordem democrática legislativa.

Neste capítulo, portanto, visa-se apresentar uma sugestão que possibilitaria a reconciliação da Teoria da Ponderação de Valores, que é bastante interessante, pois maximiza a utilização dos princípios, com um poder legislativo que tem proeminência e participação política ativa e de importância.

Contudo, não se pode ignorar, como visto no capítulo anterior, que o Poder Judiciário vem ganhando espaço. O problema se apresenta quando se concebe os direitos humanos como direitos morais, por um lado negando-lhes a plena positividade, por outro lado abrindo a possibilidade da sua interpretação e aplicação estarem disponíveis às diferentes predisposições morais dos intérpretes da Constituição. Se a essa imprudente abertura ao moralismo no Direito se soma a predisposição protagonista do Judiciário o problema cresce em complexidade e dramaticidade.

Em algumas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal é possível observar essa abertura ao moralismo, que se revela inclusive na defesa do “sentimento social”, que faz ressoar na memória as tragédias que ganharam corpo com esse tipo de argumentação. Neste ponto se revela um paradoxo lamentável, visto que foi exatamente para fugir dos subjetivismos e evitar as diferentes formas de disponibilidade moral ou política das normas constitucionais e da tomada de decisões na vida pública que se estabeleceu vincular constitucionalmente a atividade dos Poderes públicos através da normatividade da Constituição, em particular, dos direitos fundamentais, tendo como garantia o fortalecimento da jurisdição constitucional.

Em efeito, as abstrações filosóficas, ou o suporte, questionável, na ética ou na moral, da atividade jurisdicional, contribuem para obnubilar ou legitimar decisões que se revestem de caráter eminentemente político, pois que comportam evidentes pré-compreensões sobre as dimensões, os limites e potencialidades do espaço público, bem

como pré-cognições sobre questões de natureza constitucional. Conforme ensina Ernst-Wolfgang Böckenförde, doutrinador que já foi juiz da Corte Constitucional Alemã, a Constituição representa uma legislação de moldura para a relação entre o Estado e o Cidadão.²³¹

Desta maneira, o legislador ordinário, dentro desta moldura dada pelo legislador constitucional, poderia “pintar” o modelo jurídico desejado. Percebemos que o espaço para uma eventual ponderação de valores é bastante restrito, uma vez que a análise básica efetuada pelo julgador na aplicação do direito no caso concreto é de se a legislação infra-constitucional que regula o caso encontra-se dentro dos limites constitucionais.

Outro doutrinador e também ex-juiz da Corte Constitucional alemã, Dieter Grimm, discorre sobre a ideia Constituição-Moldura neste mesmo sentido. Em sua obra, Grimm entende que a Constituição deverá delimitar a política, mas sem suprimir essa atividade,²³² judicializando-a completamente:

Todavia, a Constituição não pode realizar um total juridicização da política. Se for tarefa da política adaptar a ordem social a exigências variáveis, ela necessita então de uma área de atuação que a Constituição pode delimitar de maneira diferenciada, mas não suprimir totalmente. A política como produto do direito positivo transcende necessariamente este. Por conseguinte, a Constituição não elimina a política, apenas lhe coloca uma moldura. Em contrapartida, uma política totalmente judicializada estaria no fundo despida de seu caráter político e por fim reduzida a mera administração. As Constituições podem fixar condições para decisões políticas, mas não lhes é possível normatizar antecipadamente também o insumo para o processo decisório. Convicções, interesses, problemas e iniciativas precedem à volição organizada pelo direito constitucional. O direito constitucional só os canaliza a partir de um determinado estágio, mas influencia com isso, diretamente, também as etapas decisórias precedentes.²³³

A aplicação dos valores constitucionais em todos os casos, sem distinção, iria reduzir sobremaneira o âmbito da atuação da política. No extremo, transformaria o legislador ordinário em mero administrador, sendo dada toda a atuação política para o judiciário.

Böckenförde entende que caso o Tribunal Constitucional faça interpretações dos direitos constitucionais de forma a ampliar sobremaneira o âmbito de atuação do poder

²³¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, Costituzione, democrazia*. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 261.

²³² Percebemos aqui a similitude desse pensamento com o exarado por Maquiavel, sobre o Estado apenas ordenar a política, deixando espaço para discussões, em “*Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*”.

²³³ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 10.

judiciário, o processo democrático pode acabar sendo substituído, uma vez que perderá a importância.²³⁴

Ademais, entende ele que se forem entendidos os direitos fundamentais como mandatos de otimização (nos moldes sugeridos por Robert Alexy), iremos continuar em uma progressão em direção a um Estado jurisdicional de jurisdição constitucional (ou seja, com a primazia do judiciário sobre o legislativo).²³⁵ A alternativa seria voltar a ver os direitos fundamentais como direitos de liberdade frente ao Estado, retornando portanto às noções liberais de Constituição. Com isso, as discussões e a “luta pelo direito” retornariam à legislação ordinária²³⁶, ou seja, ao poder legislativo.

Para (tentar) evitar o erro da corrente hermenêutica da jurisprudência de valores²³⁷, muito criticada por levar a decisões arbitrárias, Alexy tenta buscar uma justificação por meio de “argumentações racionais”.²³⁸

Embora considere a técnica da ponderação insubstituível para a resolução de casos concretos, Canotilho alertou para as dificuldades inerentes a essa operação:

Como se deduz das considerações do texto, as normas dos direitos fundamentais são entendidas como *exigências ou imperativos de otimização* que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fáctica. Não existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstractos. A “ponderação” e/ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas (F. Müller), uma necessidade ineliminável. Isto não invalida a utilidade de critérios metódicos abstractos que orientem, precisamente, a tarefa da ponderação e/ou harmonização concretas: “princípio da concordância prática” (Hesse); “ideia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes” (Lerche).²³⁹

Habermas²⁴⁰ criticou a Jurisprudência dos Valores, enfatizando que o discurso da concretização dos direitos fundamentais não se baseia na tese da Constituição como uma ordem de valores. Para este autor, direitos não precisam ser assimilados como valores. Isso porque os valores não têm uma prioridade inerente e incondicional em relação a outros valores. A operação de sopesar, nesse sentido, pode transformar a interpretação do direito num mero “negócio de realizar valores”, somente de acordo

²³⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p.136.

²³⁵ *Ibidem*, p. 135.

²³⁶ *Ibidem*, p. 134.

²³⁷ Escola de pensamento jurídico pós-positivista que dá grande ênfase ao peso dos valores nas decisões judiciais.

²³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 32.

²³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2011, p. 69.

²⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 321-322.

com a forma concreta e casos específicos, sem qualquer pretensão de universalização e fundamentação na argumentação.

De forma bastante interessante, o celebrado filósofo alemão diz:

Certamente, há vários princípios ou bens coletivos que representam perspectivas cujos argumentos podem ser introduzidos em um discurso jurídico em casos de colisão de normas [...]. Mas argumentos baseados em tais bens e valores coletivos apenas contam na mesma medida que as normas e princípios pelas quais esses objetivos podem, a seu turno, ser justificados. Em última instância, apenas direitos podem ser invocados em um jogo argumentativo. [...] Um julgamento orientado por princípios precisa decidir qual pretensão e qual ação em um dado conflito é correta – e não como ponderar interesses ou relacionar valores. [...] A validade jurídica do julgamento tem o caráter deontológico de um comando, e não o caráter teleológico de um bem desejável que nós podemos alcançar até um certo nível.²⁴¹

Com base nesse mesmo raciocínio Habermas também refuta a ideia de que os princípios são máximas de otimização, como proposto por Alexy. Habermas entende que os parâmetros assim utilizados não poderão ser controlados racionalmente, transformando o julgamento em mera preferência. Assim, defende ele que as colisões de princípios deveriam “de ser resolvidas por meio de um discurso de aplicação pautado pelo princípio da universalidade.”²⁴²

Apesar dessas críticas, o fato é que a denominada Jurisprudência dos Valores, como postura metodológica, acabou repercutindo na atividade concreta dos tribunais (e não apenas do Tribunal Constitucional alemão). Essa postura, em conjunto com o princípio da força normativa da Constituição²⁴³ e de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, colocaram a Constituição e o Direito Constitucional num novo patamar no âmbito da experiência jurídica até então vivenciada pela Europa continental, gerando a chamada “revolução copernicana do direito público”.²⁴⁴

No Brasil, o processo de redemocratização, que culminou com a promulgação da Constituição de 1988, trouxe à tona o debate sobre a teoria constitucional contemporânea difundida no continente europeu na segunda metade do século XX.

A teoria difundida pela Jurisprudência dos Valores não foi recepcionada no Brasil de modo a reproduzir a ideação da matriz epistemológica. No Brasil, como em qualquer lugar, o fenômeno da recepção entre as culturas e concepções jurídicas “não é

²⁴¹ *Idem*, p. 321-322.

²⁴² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas – Análise das críticas e Klaus Gunther e Jurgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy*. Revista de Informação jurídica, Brasília, a. 43, n. 171, jul./set. 2006. [consult. 5 Abr 2019]. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92841>

²⁴³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 43.

²⁴⁴ A expressão é de Jorge Miranda e é mencionada em Lenio Streck (STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização de direitos fundamentais-sociais no Brasil*. Novos estudos jurídicos, v. 8, n. 2, pp. 257-301, maio/ago. 2003, p. 216).

um processo automático, considerando-se que preexiste uma cultura autóctone que tende a absorver ou rejeitar a influência da cultura dominante”.²⁴⁵

Porém, sem que fossem levadas em consideração as peculiaridades culturais que marcaram a discussão nos países europeus, significativa parcela da doutrina brasileira acabou operando uma recepção equivocada da *Jurisprudência dos Valores*, como denunciou Streck. Esse autor afirma:

Da Jurisprudência dos Valores os teóricos brasileiros tomaram emprestada a tese fundante – a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses e valores. O modo mais específico de implementação dessa recepção foi a teoria da argumentação de Robert Alexy (segunda recepção equivocada), que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos tribunais.²⁴⁶

Alexy defendeu a ideia da adoção de “argumentações racionais”²⁴⁷ justamente para controlar a técnica da ponderação de valores e, com isso, legitimar as decisões judiciais. Esse importante detalhe, contudo, foi desconsiderado pela doutrina brasileira, segundo denúncia Streck:

Ora, os princípios são, para Alexy, mandados de otimização e possuem, por isso, uma estrutura alargada de dever-ser. Essa estrutura, que é dada *prima facie*, tensiona os princípios, fazendo-os colidir. A valoração é um momento subsequente – ou seja, posterior à colisão – que incorpora o procedimento da ponderação. O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy elabora a sua teoria exatamente para “racionalizar” a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração.²⁴⁸

Esse novo modelo de ponderação, baseado na concepção de princípios como critérios pragmáticos destinados a solucionar problemas do caso a ser julgado, que Canotilho denominou de “neoconstitucionalismo principialista”,²⁴⁹ Ferrajoli de “neoconstitucionalismo”,²⁵⁰ e Marcelo Neves²⁵¹ de modelo de “ponderação otimizante de princípios constitucionais”, acabou produzindo uma discricionariedade judicial

²⁴⁵ BOUCALT, Carlos Eduardo de Abreu. *Hans Kelsen: a recepção da “teoria pura” na América do Sul, Particularmente no Brasil*. Sequência, Florianópolis, n. 71, pp. 95-106, dez. 2015, p. 97.

²⁴⁶ STRECK, Lênio. *Lições de crítica Hermenêutica do Direito*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016, p. 48.

²⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 62.

²⁴⁸ STRECK, *Op. Cit.*, p. 49.

²⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 49.

²⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Tradução de André Karam Trindade. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2009, pp. 95-113. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

²⁵¹ NEVES, Marcelo. *Entre hidra e hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 149.

inevitável, especialmente no Brasil, onde ocorreu uma recepção equivocada dos postulados da Jurisprudência dos Valores e da ponderação idealizada por Alexy.

Essa sobrecarga principialista, que dominou “uma significativa parte da *jus publicística* brasileira”, acabou convertendo o neoconstitucionalismo brasileiro em neoconstitucionalismo principialista, num primeiro momento, e depois em “neoconstitucionalismo judiciário-ativista”,²⁵² transportando riscos teóricos, metodológicos e políticos.

Para Canotilho²⁵³, esse neoconstitucionalismo jurisprudencialista brasileiro gera o risco de um achatamento do político: “o poder judiciário converte-se em um *sistema autorreferencial*, fechado na cúpula, e imune a quaisquer exigências de *accountability*”.

Com relação especificamente ao problema de *accountability* do poder judiciário (em especial no relacionado aos casos difíceis)²⁵⁴, ou seja, de controle por parte da sociedade de suas decisões, existe a questão do *pamprincipiologismo*, muito criticado por autores como Streck, que o definem como uma “patologia especialmente ligada às práticas jurídicas brasileiras que leva a um uso desmedido de *standars* argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou regrado pela produção democrática do direito, no âmbito da legislação (constitucionalmente adequada)”²⁵⁵.

O *pamprincipiologismo*, assim, é visto por Streck²⁵⁶ como um retorno ao velho positivismo novecentista que exigia que o intérprete lançasse mão dessa vasta principiologia na “ausência” de leis apropriadas, e, na falta de algum princípio cabível, cabia a ele criá-lo. Na quadra atual da história, entretanto, não são apenas os limites semânticos da Constituição que são esquecidos, mas também os da legislação infraconstitucional.

Se de um lado a banalização do uso dos princípios enfraquece a “força normativa da Constituição”,²⁵⁷ por outro lado o uso hipossuficiente destes mesmos princípios pode levar à mesma consequência.

²⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 49.

²⁵³ CANOTILHO *et al*, *Op. Cit.*, p. 50.

²⁵⁴ STRECK, Lênio. *Lições de crítica Hermenêutica do Direito*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016, p. 40.

²⁵⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 9.

²⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 49, n. 194, abr./jun. 2012, p. 60.

²⁵⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 43.

O uso inflacionado do conceito de princípios no Brasil também é criticado por Neves:

No caso brasileiro, o fascínio pelos princípios sugere a superioridade intrínseca destes em relação às regras. A essa compreensão subjaz a ideia de que as regras constitucionais (completas, quando já superadas as questões de exceções e eventual ponderação) podem ser afastadas por princípios constitucionais em virtude da justiça inerente às decisões neles fundamentadas. Mas um modelo desse tipo implica uma negação fundamental de um dos aspectos do sistema jurídico que possibilita o processamento de decisões “justas”: a consistência. Um afastamento de regras a cada vez que se invoque retoricamente um princípio em nome da justiça, em uma sociedade complexa com várias leituras possíveis dos princípios, serve antes à acomodação de interesses concretos e particulares, em detrimento da força normativa da Constituição.²⁵⁸

Partindo do pressuposto de que as regras têm prevalência sobre os princípios que se encontram formalmente no mesmo grau hierárquico, Neves elabora o seu conceito de princípio como possibilidade de abertura de argumentação:

Essa questão não diz respeito à existência ou não de discricionariedade [...], relaciona-se à flexibilidade que os princípios ensejam ao sistema jurídico, ao ampliarem as possibilidades de argumentação. Conforme essa compreensão, os princípios atuam como estímulos à construção de argumentos que possam servir a soluções satisfatórias de casos, sem que estas se reduzam a opções discricionárias. Tendo em vista a sua pluralidade ou, metaforicamente, o seu caráter policéfalo, eles enriquecem o processo argumentativo entre os envolvidos (juízes e partes ou interessados), abrindo-o para uma diversidade de pontos de partida.²⁵⁹

Para Neves²⁶⁰, se o caso é rotineiro ou fácil, não haverá maiores dificuldades, “[...] pois a cadeia argumentativa reduz-se praticamente à delimitação semântica do sentido de dispositivos e à subsequente subsunção do caso à regra”. Por outro lado, as regras seriam pouco adequadas “[...] a absorver a alta complexidade dos chamados casos difíceis”.²⁶¹

Essa ideia de cisão estrutural entre regras e princípios, no entanto, desconsidera o fato de que não existem princípios sem regras, nem existem regras sem princípios.

Ferrajoli²⁶² critica a distinção entre princípios e regras e defende a ideia de que ela serve apenas para enfraquecer a normatividade da Constituição. Para esse autor, “princípios e regras são, igualmente, normas, simplesmente formuladas de maneira diversa: uns com referência ao seu respeito; outros com referência à sua violação e à sua

²⁵⁸ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 191-192.

²⁵⁹ *Idem*.

²⁶⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 191-192.

²⁶¹ *Idem*.

²⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Tradução de André Karam Trindade. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2009, pp. 95-113. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

consequente aplicação”. Para ele, a diferença entre regras e princípios não é estrutural, mas de estilo:

A diferença entre princípios e regras é, portanto, a meu ver, uma diferença que não é estrutural, mas de estilo. A formulação das normas constitucionais na forma dos princípios e precisamente dos direitos fundamentais não é apenas um fato de ênfase retórica, mas também tem uma relevância política, uma vez que serve para explicitar, com a titularidade dos direitos das pessoas, a própria titularidade das normas constitucionais nas quais os direitos consistem e, por isso, a sua colocação em posição supraordenada ao artifício jurídico, como titulares de outros tantos fragmentos da soberania popular. Mas deixando de lado o estilo, qualquer princípio, ou ao menos qualquer direito fundamental, pela recíproca implicação que liga as expectativas nas quais os direitos consistem e as obrigações e proibições correspondentes, equivale à regra consistente na obrigação ou na proibição correspondente.²⁶³

Exatamente por essa razão, Ferrajoli²⁶⁴ entende que a legitimidade da jurisdição se funda, “sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei”.

Partindo da ideia de que os princípios introduzem a facticidade no direito, propiciando um fechamento do círculo hermenêutico, Streck,²⁶⁵ ao contrário, afirma não existir espaço para a subsunção, “pela simples razão de que esta é ligada ao esquema sujeito-objeto e pressupõe a suficiência ôntica da regra”.

O combate ao uso indiscriminado de princípios e a sua transformação em alibis retóricos à disposição do intérprete estimulam o ativismo e produzem uma tensão crescente entre Direito e política. Por outro lado, é na afirmação de um conceito de princípio a partir de uma perspectiva deontológica, que se pode preservar a autonomia do Direito e a concretização da força normativa da Constituição.

Em meio a esse cenário, como já dito, é que se propõe seja revista a Teoria da Ponderação, embora não se pretenda, em nenhum momento, afastar a sua aplicação. Contudo, alguns critérios precisam ser observados.

O primeiro critério diz respeito a inexistência de lei ou norma exarada pelo Poder Legislativo, que já tenha feito a ponderação no caso em análise. Aqui vale lembrar o caso Ellwanger, já analisado anteriormente. Neste contexto não seria necessária a ponderação, pois o legislador, quando proibiu manifestações racistas,

²⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 112.

²⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 53.

²⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 49, n. 194, abr./jun. 2012, pp. 78-79.

incluindo elas no rol de crimes, já havia feito uma ponderação. A atuação do Judiciário, portanto, deveria se limitar a aplicação da norma em abstrato ao caso concreto.

Neste primeiro critério é utilizada a ideia de Constituição-Moldura, defendida por Böckenförde e Grimm, conforme já referido.

O segundo critério é de que não se pode ferir, por meio de ponderação, o direito de liberdade do cidadão, no sentido de que o cidadão pode fazer tudo, desde que não haja proibição expressa, regra esta consagrada no inciso II, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

Contudo, o cidadão poderia, por meio da ponderação, ganhar novos direitos (art 5º, § 2º, CF), mas que esses direitos, para não ferir os direitos de outros, deveriam ser frente ao Estado apenas. Essa previsão, devemos observar, é uma repetição, em outros termos, da IX emenda da Constituição Americana: *The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*. Logo, seria vedada qualquer inovação, em matéria de obrigações, quando a ponderação fosse utilizada para criar direitos em face de outrem, senão o Estado.

Passando os dois critérios acima, que podem ser denominados de "critérios de exclusão", já que na prática excluem a possibilidade da utilização da Teoria da Ponderação (se existir lei que verse sobre o tema ou se a ponderação for uma forma de criar direitos, salvo se contra o Estado), passa-se ao último critério, que pode ser chamado de "critério da moderação", pois modera a utilização da teoria da ponderação a um razoável.

Esse critério é da utilização da Teoria da Ponderação conforme as experiências pretéritas, casos semelhantes e balizas legais, se utilizando aqui então da "teoria do direito como integralidade" de Dworkin para saber qual peso será dado a cada princípio. Dessa maneira, os pesos a serem dados para cada princípio não ficarão ao alvedrio do julgador, mas serão utilizados conforme toda a experiência jurídica pretérita.

6. CONCLUSÃO

Buscou-se compreender, ao longo do presente estudo, a problemática dos efeitos da Teoria da Ponderação de Valores na ampliação do poder político do Judiciário no Brasil, o que reflete diretamente na representação que o Legislativo exerce.

Foi analisada representatividade do poder legislativo em uma ordem democrática, onde se conclui que o poder legislativo é o principal local de representação popular, uma vez que abriga dentro de si pessoas que representam as mais diversas tendências dentro da sociedade.

Mais adiante neste trabalho foram objeto de estudo as condições para a criação da teoria da ponderação, teoria essa de grande importância na atualidade. As condições, como visto, foram tanto históricas como teóricas. Disto se percebe que a teoria de encaixou perfeitamente em um momento onde existia a necessidade de ampliação dos direitos constitucionais, e, em especial de sua concretização.

No entanto, essa utilização exarcebada da teoria da ponderação, como visto, tem levado ao deslocamento do local da decisão das questões difíceis e controversas da sociedade, saindo do legislativo e indo para o judiciário.

A ampla gama de princípios leva o julgador a suprir a falta de normas ou mesmo dar àquelas já editadas interpretações diversas, situação que não apenas gera insegurança jurídica, mas leva a questionar a aplicação da Teoria da Ponderação no direito brasileiro.

Para avaliar a dimensão crítica, trabalhou-se com as bases teóricas desenvolvidas pelo autor Robert Alexy. Verificou-se que Alexy concebeu a teoria dos princípios, na qual desenvolve a estrutura da ponderação como um desdobramento dos seus estudos e teoria da argumentação jurídica, que são pressupostos para uma melhor compreensão do modelo criado.

Assim, destacou-se as diferenças qualitativas de regras e princípios – regras como determinação e princípios como mandados de otimização – como também, as distinções do conflitos entre normas e colisões entre princípios. Pontuou-se sobre o caráter *prima facie* de princípios e regras para, por fim, abordar as bases teóricas da proporcionalidade ou ponderação.

Passou-se então a elencar as críticas da, verificando-se que elas se dirigem principalmente aos usos e a recepção da máxima da proporcionalidade, ou ponderação,

pelo sistema jurídico brasileiro. Neste, é comum o uso da proporcionalidade como fundamento de decisões sem o exercício argumentativo legitimante que ela exige.

Mesmo quando a teoria da ponderação é utilizada de forma correta, ela deixa espaço para discricionariedades por parte do julgador, de maneira a invadir o espaço democrático do poder legislativo de inovar na ordem jurídica.

Desta maneira, há de se buscar critérios para que a utilização da Teoria da Ponderação de Valores não configure um legitimador para que o Judiciário atue politicamente, rompendo com a harmonia e equilíbrio entre os Poderes, comprometendo a representatividade que o Poder Legislativo precisa ter.

Portanto, foram propostos critérios no presente trabalho com vistas a resolver tal problema e harmonizar a teoria da ponderação com as prerrogativas de representação popular conferido ao legislativo.

Foram propostos três critérios: O primeiro diz respeito a existência ou não de ponderação já efetuada pelo legislador no caso a ser analisado pelo judiciário. O segundo é da proibição de se ferir a liberdade do cidadão por meio de ponderação. Esses dois critérios são chamados de “critérios de exclusão”, pois excluem a possibilidade de ponderação.

Finalmente, é proposto um último critério, que tem por objetivo moderar a atuação do julgador.

Com a utilização destes critérios propostos é possível a harmonização de uma ordem legislativa democrática com a teoria da ponderação de valores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011. ISBN 9788530932428.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015. ISBN 9788539200733.
- ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático*. Revista de direito administrativo, v. 217, 1999. ISSN: 2238-47414 [consult. 30 Mar 2019]. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414>
- ALEXY, Robert. *Proportionality, Constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak*. I*COM (2018), vol. 16, No. 3, pp. 871-879 [consult. 19 Mar 2019]. doi:10.1093/icon/moy084
- ALEXY, Robert. *The Absolute and the Relative Dimensions of Constitutional Rights*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 37, No. 1 (2017), pp. 31–47 [consult. 19 Mar 2019]. doi:10.1093/ojls/gqw013
- ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *O princípio da separação de poderes edireitos fundamentais sociais: a necessidade de reeleitura sob a ótica de um Estado Social de Direito*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 19, v. 77, pp. 185-206, out./dez. 2011.
- ALVES, Nadia Castro. *Colisão de direitos fundamentais e ponderação*. Meritum, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, pp. 25-48, Jan./jun. 2010. [consult. 27 Mar 2019]. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/index.php/meritum/article/view/890>
- AMORIM, Leticia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy – Esboço e Críticas*. Revista de informação legislativa, Brasília, a. 42, n. 165 jan./mar. 2005, pp. 123-134. [consult. 6 Abr 2019]. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/273>
- ANDRADE, Melanie Merlin de. *O caso do Nepotismo: reflexões sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord). Jurisdição e questões controvertidas de Direito Constitucional. Curitiba: Juruá, 2013. ISBN 9788536243320.
- APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. ISBN 9788520333662.
- ARISTÓTELES. *A Política*. 2ª edição. Bauru: EDIPRO, 2009. ISBN 9788572836128.
- ARISTÓTELES. *Órganon*. 3ª edição. Bauru: EDIDRO, 2016. ISBN 9788572838955.

- BAPTISTA, Isabelle de. *A desconstrução da técnica da ponderação aplicável aos direitos fundamentais, proposto por Robert Alexy: Uma reflexão a partir da filosofia de Jacques Derrida*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Out/Nov/Dez 2010, v. 77, n. 4, ano XXVIII, pp. 96-112.[consult. 2 abr 2019].Disponível em:
<http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1086.pdf>
- BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *Nas Fronteiras da Argumentação*. 2ª edição. Salvador: Editora Jus Podium, 2018. ISBN 9788544220375.
- BARBOSA, Antônio J. *Nota introdutória a uma história do parlamento*. 2008. Disponível em
<http://www.alesc.sc.gov.br/escola/docs/Curso_Formacao_Pol/Hist_Polit_ica.doc>. Acesso em: 22 jun. 2018.
- BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. *A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível*. In: ANDRADE, Fernando Gomes (Org.). *Estudos de direito constitucional*. Recife: Edupe, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, ISBN 8571475113.
- BARCELLOS, Ana Paulo de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROS, Maíza Gisele Mendes; COSTA, Renan Barros Moura. *O “Caso Ellwanger” sob a perspectiva da técnica racional da ponderação de Robert Alexy*. Jus Navegandi, abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37736/o-caso-ellwanger-sob-a-perspectiva-da-tecnica-racional-da-ponderacao-de-robert-alexey>>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 9788502075313.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição. São Paulo:Saraiva, 2010. ISBN 9788502091269.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Jus Navegandi. Teresina, a. 9, n. 851, nov. 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 03 ago. 2018.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 5ª edição. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. ISBN 8573483318.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. ISBN 3789429963.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, Costituzione, democrazia*. Milano: Giuffrè Editore, 2006. ISBN 8814116784.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Gesellschaft, Freiheit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2016. ISBN 9783518277638.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Constitutional and Political Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2017. ISBN 9780198714965.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 32ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. ISBN 9788539204021.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2018. ISBN 9788539204052.
- BOUCALT, Carlos Eduardo de Abreu. *Hans Kelsen: a recepção da “teoria pura” na América do Sul, Particularmente no Brasil*. Sequência, Florianópolis, n. 71, pp. 95-106, dez. 2015. ISSN 0101-9562. DOI: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n71p95>. Acesso em 29/09/2018.
- BRANCO, Ana Paula Tauceda. *O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho*. Revista LTr Legislação do Trabalho: Publicação Mensal de legislação, doutrina e jurisprudência, São Paulo, v. 74, n. 03, p. 360-370, mar. 2010.
- BRANCO, Paulo Augusto Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 9788502081291.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Salvador, Jus Podium, 2018. ISBN 9788544219201.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório e voto no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 419.651/DF*. Relator Ministro Humberto Martins, publ. 16 dez. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32797405&num_registro=201303611536&data=20131216&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 30 ago. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório em Recurso Especial n. 1.546.820/DF*. Relator Ministro Sérgio Kukina, publ. 22 dez. 2015. Disponível em:<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/245254346/andamento-do-processo-n-2014-0193642-0-recurso-especial-21-10-2015-do-stj?ref=topic_feed>. Acesso em: 14 mar. 2019.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório e voto no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 823.087/PE*. Relatora Ministra Assusete Magalhães, publ. 7 abr. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_AGRG-ARESP_823087_9bc5d.pdf?Signature=KcDsfkUtk7KpnjVMuMTELIsk520%3D&Expires=1552583469&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5hash=88560a509e7317daaabde4f0d2eb806a>. Acesso em: 14 mar. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 26.849/DF*. Relator Ministro Luiz Fux, publ. 21 maio 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5914335>>. Acesso em: 30 ago. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 27.934/DF*. Relator Ministro Teori Zavascki, publ. 03 ago. 2015. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginDaisdpoor.njsívpe?ldeomcT:P=TP&docID=8865578>>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus n. 124.306/RJ*. Relator Ministro Marco Aurélio, publ. 21 maio 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5914335>>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 82.424/RS*. Relator Ministro Moreira Alves, publ. 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 9788547203634.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Direito e Decisão Racional. Temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. ISBN 8571476969.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas – Análise das críticas e Klaus Gunther e Jurgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy*. Revista de Informação jurídica, Brasília, a. 43, n. 171, jul./set. 2006. [consult. 5 Abr 2019]. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92841>
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 9724021068.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 9788502212626.

- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição; Direito Constitucional Positivo*. 16ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- CASTRO, Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. 2011. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09>. Acesso em: 12 out. 2018.
- CASTRO, José Nilo. *Direito municipal positivo*. 6ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. ISBN 8573087889.
- CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Revista Alceu. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, v. 5, nº 9, pp. 105-113, jul./dez. 2004.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord). *Jurisdição e questões controvertidas de Direito Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2013. ISBN 9788536243320.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Ativismo Judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro*. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 14, v. 72, pp. 123-156, mar./abr. 2012.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2006. ISBN 8536213949.
- DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. *Princípios, regras e proporcionalidade: Análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy*. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito – UFC, 2007, v. 27, pp. 177-199, ISSN 1807-3840. [consult. 6 abr 2019]. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20425>
- DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão no Mandado de Segurança n. 0701576-59.2016.8.07.0000*. Relatora Desembargadora Leila Arlanch, publ. 21 mar. 2017. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- DUTRA, Luciano. *Direito constitucional essencial*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. ISBN 9788530973629.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 9788533615137.
- FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000. ISBN 978-8588278097.
- FAZIO, César Cipriano de. *Panorama sobre o ativismo judicial e a judicialização da política no Direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 103, v. 939, pp. 109-126, jan. 2014.

- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. Salvador: Jus Podium, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Tradução de André Karam Trindade. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2009, p. 95-113. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. ISBN 9788573488135.
- FERREIRA, Natália Braga. *Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy*. Revista eletrônica do curso de Direito – PUC Minas Serra, n. 2, 2010, pp. 117-140. ISSN 2176-977X. [consult. 7 abr 2019]. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerra/article/view/1290>
- FERREIRA FILHO, Waldemar Martins. *História do direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1954.
- FISCHER-LESCANO, Andreas. *Crítica da concordância prática*. In: CAMPOS, Ricardo (Org.). *Crítica da ponderação – Método Constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 9788502627420.
- FUKUYAMA, Francis. *O Fim da história e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 2015. ISBN 9788532501295.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 15ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2017. ISBN 9788532617873.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. ISBN 8573088672.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. ISBN 8528200914.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. ISBN 9723106922.
- HARTMAN, Fabiano Peixoto. *A decisão judicial no supremo tribunal federal do Brasil e a aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy: a ponderação como estratégia de argumentação jurídica*. Unb: Brasília, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.26512/2015.03.T.18603>. Acesso em 27/09/2018.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 9788502081475.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN 8533608365.
- LEÃO, Anabela Costa. *Em torno dos conceitos de regra e de princípio – A Polêmica entre Hart e Dworkin* In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIRA, Carlos Ferreira de; ALMEIDA, Marta Tavares de. *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3426-3.
- LEGALE, Santiago. *HLA Hart and the making of the New Natural law theory*. *Jurisprudence*, 8:1, pp.82-98 [consult. 6 abr 2019]. DOI: <https://doi.org/10.1080/20403313.2016.1148432>
- LEITE, Roberto Basiloni. *Direito Sumular do Trabalho*. In: AZEVÊDO, Jackson Chaves de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2001.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-8502627512.
- LIVY, Titus. *The history of Rome from its Foundations, books I-V*. London: Penguin Classics, 2002. ISBN 9780140448092.
- LIVY, Titus. *The history of Rome from its Foundations, books XXXI-XLV*. London: Penguin Classics, 2002. ISBN 9780140443189.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo Civil*. Bauru: EDIPRO, 2014. ISBN 978-8572838412.
- LOZADA, Alí. *El Postpositivismo de la “optimización” sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy*. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 39 (2016) ISSN: 0214-8676, pp. 227-252. [consult. 4 Abr 2019]. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.12>
- MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN 9788533623163.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Hemus, 1977.
- MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 7ª edição. Salvador: Jus Podium, 2019. ISBN 97844224304.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MEACHAM, Jon. *Thomas Jefferson – The art of Power*. New York: Random House, 2012. ISBN 9780679645368.

- MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Esboço de uma teoria da ponderação independente da teoria dos princípios*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 238, out./dez. 2004, pp. 43-56 [consult. 30 Mar 2019]. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44056>
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN 978-8547229740.
- MÖLLER, Friedrich. *Métodos de trabalhos do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2000. ISBN 9788572326445.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. ISBN 9788597009590.
- MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Salvador, Jus Podium, 2018. 2ª edição. ISBN 9788544223505.
- MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam. *Ponderação, pretensão de correção e argumentação: O modelo de Robert Alexy para Fundamentação racional da decisão*. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 35, pp. 147-166, Dez. 2012. [consult. 27 Mar 2019]. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/ponderacao-pretensao-de-correcao-e-argumentacao-o-modelo-de-robert-alexys-para>
- MOZETIC, Vinícius Almada. *Os sistemas jurídicos inteligentes e o caminho perigoso até a teoria da argumentação de Robert Alexy*. Revista brasileira de direito, Passo Fundo, vol. 3, n. 3, pp. 437-454, set.-dez 2017, ISSN 2238-0604. [consult. 30 Mar 2019]. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1939>
- NEVES, Marcelo. *Entre hidra e hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014. ISBN 9788578278502.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. ISBN 9788578272005.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001. ISBN 8575000373.
- NOUR, Soraya. *À pax perpétua de Kant – Filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. 2ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. ISBN9788578276515.
- RIBERI, Pablo. *Teoría de la representación política*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014. ISBN 9789873004735.

- PAULO; Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. ISBN 9788530961879.
- PEDRON, Flávio Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. Revista CEJ, Brasília, n. 30, pp.70-80, jul.set. 2005. [consult. 1 abr 2019]. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/680>
- PLATÃO. *Das Leis*. 2ª edição. Bauru: EDIPRO, 2010. ISBN 9788572836494.
- POSCHER, Ralf. *Teoria de um fantasma – A malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto*. In: CAMPOS, Ricardo (Org.). *Crítica da ponderação – Método Constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 9788502627420.
- RABELO, Cesar Leandro de Almeida. *O ativismo judicial e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito*. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2012.
- RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. ISBN 9788578272913.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 9788502085800.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Temas de direito constitucional tributário*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. ISBN 9788537504062.
- RICOEUR, Paul. *O Justo, vol. 1: a justiça como regra moral e como instituição*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009. ISBN 9788578270155.
- RIGHETTO, Myriam. *História do Parlamento*. Palhoça: Unisul Virtual, 2007.
- RODRIGUES DE OLIVEIRA, Daniel Natividade; TOMAZINE, Fernando Fabro. *Hermenêutica jurídica e a efetividade dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi (Online), v. 14, 2010. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=14418>>. Acesso em: 08 ago. 2018.
- RODRIGUES DE OLIVEIRA, Daniel Natividade. *Princípio jusfundamental do trabalho digno como do princípio jusfundamental da dignidade humana*. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2007.
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema del derecho romano Actual*. Granada: Editorial Comares, 2005. ISBN 8484449327.
- SALDANHA, Nelson. *O que é Poder Legislativo*. 5ª edição. São Paulo: brasiliense, 1992.

- SANTI, Joyce. *Politização do Poder Judiciário como fator de ativismo judicial: conceituação e casos*. Cadernos de Iniciação Científica: Faculdade de São Bernardo do Campo, São Bernardo do Campo, ano 8, v. 8. pp. 42-51, 2011.
- SANDEL, Michael J. *Justiça- o que é fazer a coisa certa*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2015. ISBN 9788520010303.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010. ISBN 9788574209968.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 91, v. 798, abr. 2002.
- SILVA, Maria Manuela Magalhães; ALVES, Dora Resende. *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política*. 3.ª edição. Lisboa: Rei dos Livros, 2016. ISBN: 9789898823373
- SIMIONI, Rafael. *Economia de colisões: ponderando a teoria da ponderação de Robert Alexy*. Revista do curso de direito da FSG, Caxias do Sul, ano 4, n. 7, jan/jun. 2010, pp. 135-150. [consult. 23 Mar 2019]. Disponível em: <http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/view/602>
- STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. ISBN 9788573485431.
- STRECK, Lenio Luiz. *Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 49, n. 194, abr./jun. 2012. ISSN 0034-835x.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil*. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 8, n. 2, pp. 257-301, mai./ago. 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. *Ontem, os códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo*. Revista Brasileira de Direito/Faculdade Meridional, Passo Fundo: IMED, ano 1, n. 2, pp. 97-147, 2006.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ISBN 9788537505618.
- STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2014. ISBN 9788573488807.
- STRECK, Lênio. *Lições de crítica Hermenêutica do Direito*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016. ISBN 9788569538042.
- SCHNEIDER DA FONSECA, Tânia. *O debate entre Herbert L. A Hart e Ronald Dworkin*. IN: SEARA FILOSÓFICA, N. 4, Verão, 2011, pp. 45-64. ISSN 2177-8698.

- SCHWABE, Jürgen, MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. ISBN 9974794218.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação*. In: ZILLES, Urbano (coord.). Miguel Reale. Estudos em homenagem aos seus 90 anos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. ISBN 9788574301679.
- TOSCANO, Márcia Pessoa. *Princípio da Instrumentalidade substancial das formas e o ativismo judicial*. Revista Eletrônica Díke, vol. 1, nº 1, jan./jul. 2011.
- VELASCO, Marina. *Conflictos entre derechos y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39 (2016) ISSN: 0214-8676, pp. 305-317. [consult. 8 Abr 2019].
- VIOLANTE, João Luís Mousinho dos Santos Monteiro. *O caso Ellwanger e seu impacto no direito brasileiro*. Dissertação de Mestrado em Direito, São Paulo, Pontifícia Universidade Católica, 2010.