



**Centro Universitário de Brasília - Uniceub**

**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS**

**ANÍBAL MARTINS PINTO**

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**BRASÍLIA - DF**

**2017**

**ANÍBAL MARTINS PINTO**

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Sandra Márcia Nascimento

**BRASÍLIA - DF  
2017**

Reprodução parcial permitida desde que citada a fonte.

PINTO, Aníbal Martins.

O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – Brasília 2017.

Monografia apresentada como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília.

Direito Constitucional

**ANÍBAL MARTINS PINTO**

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: \_\_/\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora

---

Dra. Sandra Márcia Nascimento  
Professor Orientador

---

Prof. Examinador(a)

---

Prof. Examinador(a)

Dedico a minha esposa

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço a Deus, meu eterno aliado, de quem recebo proteção e inspiração em todos os meus projetos.

Agradeço a meus familiares, pela paciência nas longas horas de ausência.

“Não chores, que a vida  
É luta renhida:  
Viver é lutar,  
A vida é combate,  
Que os fracos abate  
Que os fortes, os bravos,  
Só pode exaltar.”

Gonçalves Dias

## RESUMO

Este trabalho discute o princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fez-se uma breve incursão nos elementos, fundamentos e conceitos básicos do princípio da proporcionalidade. Com o intuito de tornar o trabalho autocontido, procedeu-se a um exame de precedentes colhidos da jurisprudência do STF. Detalhou-se a legitimidade do princípio como metodologia hermenêutica aplicável na jurisdição constitucional e, em especial, no controle de constitucionalidade das leis, sob a perspectiva dos alicerces do Estado democrático de direito.

**Palavras-Chave:** Princípio da proporcionalidade. Jurisdição constitucional. Estado democrático de direito.



## **ABSTRACT**

This work overviews the Principle of Proportionality from the Supreme Courts jurisprudence. The elements, fundamentals and basic concepts of the Principle of Proportionality have been introduced. With the intention of making the work self-contained, a collection of precedents from the Supreme Court has been examined. The legitimacy of the principle as hermeneutic methodology applicable in the constitutional jurisdiction, specifically in the constitutionality control of the laws, has been outlined based upon the Democratic State of Law.

**Keywords:** Principle of Proportionality, Constitutional jurisdiction, Democratic State of Law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>13</b>
1.1 Fundamentos do princípio da proporcionalidade .....	16
1.2 Elementos do princípio da proporcionalidade.....	21
1.3 A relevância da ponderação na interpretação constitucional .....	24
<b>2 A PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>28</b>
2.1 A colisão de direitos fundamentais (Análise de casos a partir de 1988).....	29
2.2 O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais .....	44
<b>3 SUBJETIVISMO E ARBITRÍO NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .</b>	<b>53</b>
3.1 Jurisdição constitucional: posição institucional, legitimidade e legitimação.. .....	56
3.2 A criação judicial do Direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos Poderes.....	62
3.3 O princípio da proporcionalidade e a interpretação constitucional.....	68
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>74</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>77</b>

## INTRODUÇÃO

A questão do “método justo”, na interpretação constitucional, é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicística. No momento atual, poder-se-á afirmar que o estudo dos métodos e princípios (desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas filosóficos, metodológicos e epistemológicos) utilizados na tarefa de interpretar a Constituição e realizar o controle de constitucionalidade das leis afigura-se um dos mais interessantes temas a desafiar e instigar os estudiosos do Direito<sup>1</sup>.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, utilizado hodiernamente como instrumento prático de interpretação de normas constitucionais, adquire importante relevo, na medida em que introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. É possível que a inconstitucionalidade decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade moderno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância ao princípio da proporcionalidade, isto é, de proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo.

O objetivo da presente monografia é examinar a aplicação do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a legitimidade dessa polêmica ferramenta hermenêutica na interpretação constitucional e, em especial, na aferição de constitucionalidade das leis. A problemática que se põe, neste trabalho, é o de saber se, por intermédio das técnicas de controle alicerçadas no postulado da proporcionalidade, para as decisões que se utilizam desse princípio, estaria o Supremo Tribunal Federal favorecendo arbítrios do Judiciário ante os demais poderes!

Para nortear o andamento do trabalho formulou-se a seguinte hipótese: alta carga de subjetividade da técnica de decisão pela proporcionalidade favorece o arbítrio do Judiciário em relação ao Legislativo.

Para a elaboração desse trabalho, procedeu-se pesquisa documental de precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, nos quais se colheram as principais referências doutrinárias estudadas. Efetuou-se, paralelamente, pesquisa bibliográfica, para melhor

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1084.

compreensão das informações colhidas nos precedentes e desenvolvimento dos tópicos e ideias a partir dos quais se buscou responder ao problema formulado.

Para cumprir os objetivos e responder à situação-problema, serão analisados a partir da pesquisa documental, os fundamentos, os elementos e o relevo da utilização do princípio da proporcionalidade, tendo em vista os novos rumos do Estado Constitucional e o papel do Judiciário nesse cenário; e, de outro lado, as possíveis incompatibilidades entre essa utilização e os pressupostos que caracterizam o Estado Democrático de Direito, em sua configuração atual.

A seguir, proceder-se-á, no Capítulo 2, ao exame do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir de 1988, o qual abrangerá um resumo das hipóteses mais comuns de aplicação do postulado e o estudo de precedentes da jurisprudência da Corte; a colisão de direitos fundamentais e a aplicação do princípio. As decisões analisadas foram selecionadas aleatoriamente.

Numa preparação para a situação-problema a ser respondida, o Capítulo 3 tratará do subjetivismo e arbítrio na aplicação do princípio da proporcionalidade na jurisdição constitucional e como instrumento metodológico no âmbito do controle de constitucionalidade das leis. O tema será estudado sob o prisma do Estado Democrático de Direito, abordando-se, entre outros tópicos, os limites da jurisdição constitucional e a criação judicial do Direito em face do cânone hermenêutico de autonomia do objeto. A seguir, proceder-se-á ao exame da importância do princípio na interpretação constitucional, à luz do Moderno Estado Constitucional, suas características e exigências.

Por fim, o Capítulo 4 cuidará das considerações finais, resumindo os tópicos e ideias desenvolvidos e apresentando resposta para a problematização proposta, com base no cotejo entre a hipótese e as conclusões extraídas dos tópicos e da jurisprudência pesquisados.

## 1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade* consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana, em essência, das “ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins”, servindo, enquanto ferramenta interpretativa, para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos e, enquanto princípio geral de direito, como regra norteadora para todo o ordenamento jurídico.<sup>2</sup>

No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, esse princípio veio de se incorporar à própria ideia de Estado de Direito, em razão de sua correlação essencial com os direitos fundamentais, os quais lhe oferecem suporte e, em sentido inverso, dele dependem para se concretizar. Essa ligação se verifica, de modo mais agudo, nos conflitos entre bens ou direitos com igual proteção constitucional, os quais, para serem resolvidos com justiça e equilíbrio, necessitam que se faça uso dos subprincípios *da proporcionalidade em sentido estrito*, da *adequação* e da *necessidade*. É o que se observa, tranquilamente, do estudo dos precedentes colacionados neste trabalho<sup>3</sup>.

Para Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, a utilidade desse instrumento, “situado no âmbito do controle de constitucionalidade e não apenas uma simples regra de interpretação”, desdobra-se e intensifica-se a cada precedente no qual é utilizado, pelo que seu conteúdo significativo não pode ser resumido nos parâmetros e elementos por meio dos quais a doutrina busca explicá-lo, nem tampouco o seu âmbito de abrangência é suscetível de ser delimitado.

O estudo dos precedentes jurisprudenciais reunidos, neste trabalho, revelará que o princípio da proporcionalidade tem sido utilizado, pelo Supremo Tribunal Federal, com a finalidade primordial de coibir os excessos desarrazoados na atividade legislativa.

O vício de constitucionalidade resultante do excesso de poder constitui assunto dos mais debatidos no âmbito do controle de constitucionalidade atual. O princípio da

---

<sup>2</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: [s.n.], 1989, p. 585-586; *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1993, p. 144-145 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 114.

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op.cit., p. 114.

proporcionalidade afigura-se, nesse contexto, de fundamental importância, procedendo-se por meio dele, em síntese, à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo.

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador.

Por outro lado, a inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo propicia delicada reflexão sobre os limites funcionais da jurisdição constitucional.

Sustentam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, nesse particular, que “não se cuida de investigar, exclusivamente, a finalidade da lei, invadindo seara reservada ao Poder Legislativo – o que envolveria o próprio mérito do ato legislativo”<sup>4</sup>.

Na Alemanha, a Corte Constitucional consignou, em uma de suas primeiras decisões (23-10-1951), que a sua competência se cingia “à apreciação da legitimidade de uma norma, sendo-lhe defeso cogitar de sua conveniência”. Todavia, afirmou a Corte, “a questão da liberdade outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial”<sup>5</sup>.

Lecionam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco que, para os defensores da utilização do princípio da proporcionalidade, “o conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, as ideias de liberdade e de limitação”. Reconhece-se ao legislador “*o poder de conformação* dentro de limites estabelecidos pela Constituição”. E, “dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas”.

Já os críticos do princípio entendem que os limites da discricionariedade legislativa não podem ser confrontados senão no âmbito da lesão a princípios ou regras constitucionais, não sendo cabível, portanto, a censura judicial às decisões legislativas que, não obstante desarrazoadas (segundo o juízo de censura que lhes faz o magistrado), não lesionem qualquer norma da Constituição.

---

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 312.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 312.

Questão relevante refere-se ao direito ou bem que há de prevalecer no caso de colisão autêntica entre eles (em contraposição ao chamado conflito aparente), e seus reflexos no controle de constitucionalidade realizado pelos tribunais constitucionais.

Estudo sistematizado da jurisprudência revela que, na colisão de direitos, ela se orienta pelo estabelecimento de uma “ponderação de bens tendo em vista o caso concreto, isto é, de uma ponderação que leve em conta todas as circunstâncias do caso em apreço”.

O Tribunal não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo precedência ao de maior hierarquia ou significado. Até porque dificilmente se logra estabelecer uma hierarquia precisa entre direitos individuais e entre estes e outros valores constitucionalmente contemplados. Ao revés, no juízo de ponderação indispensável entre valores em conflito, o Tribunal contempla as circunstâncias peculiares de cada caso. Daí afirmar-se, correntemente, que a solução desses conflitos há de se dar mediante a utilização do recurso à *concordância prática*, de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade.

Para Alexy, o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma “lei de ponderação [...], segundo a qual quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção”<sup>6</sup>.

No Direito brasileiro, igualmente, coloca-se a discussão pertinente à colisão entre direitos e valores com igual proteção constitucional. O princípio da proporcionalidade encontra vozes, no Supremo Tribunal Federal, que consagram a sua relevância para a solução constitucional do conflito de direitos, especialmente de direitos fundamentais, como demonstram os precedentes adiante colacionados e inúmeros outros mencionados por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco em seu “Curso de Direito Constitucional”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. *Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtstheorie*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1998 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 336.

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 337.

## 1.1 Fundamentos do princípio da proporcionalidade

No campo doutrinário, o fundamento do princípio da proporcionalidade é apreendido de formas diversas. Alguns doutrinadores reconhecem nos direitos fundamentais a base do princípio, enquanto outros o afirmam como expressão do Estado de Direito. Outros, ainda, o compreendem como postulado jurídico com origem no Direito suprapositivo<sup>8</sup>.

Para o doutrinador alemão Bernhard Schlink, tal diferenciação repercute nas esferas de aplicação do princípio. Quando se enfatiza o fundamento nos direitos fundamentais, o princípio terá aplicação na relação entre Estado e cidadãos, bem como nos conflitos entre entes privados que ao Estado compete solver. Se, porém, o fundamento repousa na idéia de Estado de Direito, o seu campo de atuação estende-se também às relações entre os poderes. Todavia, como anota Schlink, nas relações entre os entes políticos (União, Estados e municípios), a aplicação do princípio da proporcionalidade repousa na sua compreensão como postulado geral de Direito, somente, pois aquela se insere no âmbito do princípio federativo<sup>9</sup>.

A jurisprudência do Tribunal constitucional alemão traduz o entendimento de que o fundamento do princípio da proporcionalidade assenta-se no contexto dos direitos fundamentais e, também, do Estado de Direito. Todavia, advertem Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco que a aplicação do princípio decorre, não raras vezes, de “uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo”<sup>10</sup>.

Segundo aqueles autores, o princípio da proporcionalidade é invocado, igualmente, “quando Poderes, órgãos ou qualquer outro participe da vida ou dos processos constitucionais coloquem-se em situações de confronto”<sup>11</sup>.

Afirma Schlink que “o significado central do princípio da proporcionalidade foi demonstrado no âmbito do discurso jurídico, que ultrapassaria as fronteiras entre as ordens jurídicas de cada país”. O autor cita, como exemplo, o seminário realizado em 1996 pela

---

<sup>8</sup> M. HOCHHUTH, *Relativitätstheories des Öffentlichen Rechts*, 2000, p.88 e s. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 312/313.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 313.

<sup>10</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 313.

<sup>11</sup> SCHLINK, Bernhard. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 449 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 313.



*Cardoso Law School*, no qual juízes integrantes de Cortes Superiores e Cortes Constitucionais de sete países, no julgamento de caso fictício, encontraram no princípio da proporcionalidade uma “língua” comum para aferir a legitimidade de restrições impostas pelo legislador à liberdade dos cidadãos<sup>12</sup>.

Na jurisprudência nacional, semelhantemente, identificam-se correntes diversas de fundamentação do princípio

Observa Gilmar Ferreira Mendes que, interessantemente, a primeira referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está relacionada com a proteção ao direito de propriedade. No Recurso Extraordinário nº 18.331, de relatoria do Ministro Orozimbo Nonato, deixou-se assente:

“O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado”<sup>13</sup>.

Observa-se, naquele precedente de 1953, a utilização da doutrina do “excesso de poder” como ferramenta de controle de constitucionalidade.

Em precedente de fevereiro de 1968, o Tribunal declarou inconstitucional dispositivo da Lei de Segurança Nacional, que obstava que o acusado de prática de crime contra a segurança nacional desempenhasse qualquer atividade profissional ou privada. Reconheceu-se como desproporcional a restrição (pena) constante da norma, quando ponderados os objetivos visados pelo legislador e a restrição imposta aos cidadãos, como restou consignado no voto proferido pelo Ministro Themístocles Cavalcanti:

“Infelizmente não temos em nossa Constituição o que dispõe a Emenda nº 8 da Constituição Americana, onde se proíbem a exigência de fianças

---

<sup>12</sup> SCHLINK, Bernhard. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 449 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 313.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 18.331*. Recorrente: Marques & Viegas, Recorrido: Prefeitura Municipal de Santos. Relator Ministro Orozimbo Nonato. Rio de Janeiro, RJ, 10 de agosto de 1953. STF. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

excessivas, as penas de multa demasiadamente elevadas e a imposição de penas cruéis e fora do comum ou de medida (*cruel and unusual punishment*).

[...]

No caso *Trop versus Dulles* (1958), Justice Warren entendeu, a meu ver com razão, que a ideia fundamental da Emenda nº 8 é a preservação da dignidade humana.

Não temos preceito idêntico, porém, mais genérico e suscetível de uma aplicação mais ampla, temos o § 35 do art. 150, reprodução de Constituições anteriores, que dispõe: ‘A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota’.

[...] A preservação de sua personalidade e a proteção contra as penas infamantes, a condenação sem processo contraditório, a supressão de algumas penas que se incluíam na nossa velha legislação penal, a afirmação de que somente o delinqüente pode sofrer a pena, sem atingir os que dele dependem, definem uma orientação que qualifica perfeitamente o regime e os princípios fundamentais da Constituição.

[...]

O objetivo da lei foi inverso a essa tendência, porque procurou aumentar o rigor da repressão desses crimes, intimidando com medidas que atingem o indivíduo na sua própria carne, pela simples suspeita ou pelo início de um procedimento criminal fundado em elementos nem sempre seguros ou de suspeitas que viriam a se apurar no processo.

[...]

Cruel quanto à **desproporção** entre a situação do acusado e as conseqüências da medida.

[...]

Ora, tornar impossível o exercício de uma atividade indispensável que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência é tirar-lhe um pouco de sua vida, porque esta não prescinde dos meios materiais para a sua proteção<sup>14</sup>. (grifo inexistente no original)

Um exame mais acurado de referida decisão parece indicar que o Tribunal se baseou na cláusula genérica de remissão contida no art. 150, § 35, da Constituição de 1967, para utilizar a ideia de *proporcionalidade* da restrição como princípio constitucional<sup>15</sup>.

Conforme anotaram Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, deu-se a entender que o juízo desenvolvido nesse precedente seria

<sup>14</sup> *Habeas Corpus* 45.232, Relator Themístocles Cavalcanti, *RTJ*, 44/322 (327/328) *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 314/316.

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 316.

aplicável a qualquer medida legislativa destinada a restringir direitos, pelo que se deu ao princípio da proporcionalidade tratamento de cláusula implícita dos direitos fundamentais<sup>16</sup>.

Na Representação nº 930, o Supremo Tribunal Federal voltou a discutir o tema, ao examinar o sentido da expressão *condições de capacidade*, estabelecida no art. 153, § 23, da Constituição de 1967/69. Em seu voto, o Ministro Rodrigues Alckmin enfatizou que o legislador, ao fixar tais condições, deveria obedecer ao critério de **razoabilidade**, de modo a preservar o núcleo do direito fundamental atingido (liberdade profissional):

“[...] no tocante a essas *condições de capacidade*, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não”<sup>17</sup>.

Observa-se, nesses precedentes, ênfase nos princípios fundamentais como critério de fundamentação do princípio da proporcionalidade. Esse destaque, todavia, alterou-se sob a Constituição de 1988. Ao examinar a arguição de inconstitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos da Lei nº 8.713, de 30-9-1993, que disciplinava a participação de partidos políticos nas eleições, o Tribunal aplicou o princípio com fundamento na idéia do **devido processo legal material** (CF, art. 5º, LIX).

Nesse precedente, o Tribunal considerou inconstitucionais todos os parágrafos e incisos do art. 5º de referida Lei, baseando sua decisão no entendimento de que o legislador atentou contra a razoabilidade e, portanto, o princípio constitucional do devido processo legal (em sua acepção **substantiva**), ao eleger o critério para restringir o direito dos partidos políticos de participar do processo eleitoral.

Em seu voto, o Ministro Moreira Alves deixou assente, nesse sentido:

“A meu ver, o problema capital que se propõe, em face dessa lei, é que ela fere, com relação a esses dispositivos que estão sendo impugnados, o princípio constitucional do devido processo legal.

A Constituição, no seu art. 5º, inciso LIV – e aqui se trata de direitos não apenas individuais, mas também coletivos e aplica-se, inclusive, às pessoas jurídicas – estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

<sup>16</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 316.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Constitucional. Representação nº 930*. Representante: Procuradoria-Geral da República. Representado: Presidente do Senado Federal. Relator Rodrigues Alckmin. Brasília, 05 de maio de 1976. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

Processo legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é óbvio, tendo em vista inclusive o inciso II do art. 5º que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esse princípio constitucional, que tem sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Por isso mesmo já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte americana ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a razoabilidade.

Ora, esta lei, estes dispositivos que estão em causa são evidentemente dispositivos de exceção no sentido de dispositivos *ad hoc*, tendo em vista a circunstância de que partem de fatos passados, já conhecidos pelo legislador quando da elaboração da lei, para criar impedimentos futuros e, portanto, para cercear a liberdade desses partidos políticos.

Ora, Senhor Presidente, em face disso e não preciso estender-me mais a esse respeito, porque me basta esse aspecto, deixo de lado aquele outro problema mais delicado que é o de saber se realmente a Constituição permite que a lei estabeleça, para o futuro, restrições a esse nosso pluripartidarismo [...]. Fico apenas nesse outro que é o da falta de razoabilidade desse princípio.

[...]

De modo que acompanho, nesse particular, o Ministro Sydney Sanches e, agora também, o Ministro Néri da Silveira, declarando inconstitucionais os parágrafos e incisos deste art. 5º<sup>18</sup>.

Assim, o Tribunal entendeu que, embora legítimo o estabelecimento de restrições para a atividade dos partidos políticos, o critério adotado pelo legislador, baseado em fatos passados, era manifestamente *inadequado e desnecessário*, não atendendo ao postulado da razoabilidade, inculcado, de forma implícita, no art. 5º, LIX, da Constituição Federal<sup>19</sup>.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, esse precedente “parece consolidar o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade como postulado constitucional autônomo, que teria a sua sede material na disposição constitucional sobre o devido processo legal (art. 5º, LIV).”<sup>20</sup>

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 958*. Requerente: Partido de Reedificação da Ordem Nacional – Prona. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de maio de 1994. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 319.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 319.

Ainda segundo os autores, esse entendimento traduz uma compreensão do princípio da proporcionalidade como princípio geral de direito, sendo inúmeros os exemplos que se colhem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido<sup>21</sup>.

## 1.2 Elementos do princípio da proporcionalidade

O direito constitucional alemão outorga ao princípio da proporcionalidade qualidade de norma constitucional não escrita, e as manifestações de excesso de poder legislativo – reveladas sempre que se verifiquem providências legislativas contraditórias, incongruentes ou desarrazoadas – são identificadas como violação do princípio<sup>22</sup>.

Como se observará nos precedentes jurisprudenciais colacionados neste trabalho, a utilização do princípio da proporcionalidade no direito constitucional, entre nós, envolve a apreciação da *necessidade e adequação* da providência legislativa.

Esses parâmetros se baseiam, como também se verificará, em subsídios do direito constitucional comparado, em especial no Tribunal Constitucional alemão. Em março de 1971, já explicitava essa Corte que:

“[...] os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado, é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais”<sup>23</sup>.

Nessa linha, releva notar que a aferição de constitucionalidade de lei em face do princípio da proporcionalidade contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador. É o que se constatou na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.040-9/DF, em que se apreciou a constitucionalidade da restrição estabelecida no art. 187 da Lei Complementar nº 75/1993, que exige o interstício de dois anos entre a colação de grau do bacharel em Direito e a sua inscrição em concurso público destinado a prover cargos do Ministério Público Federal. Após discutir aspectos relativos à eficácia e adequação da

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 319.

<sup>22</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 487.

<sup>23</sup> *BverfGE*, 30:292 (316), 39:210 (230-1) *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 320.

condição, verificou-se que o legislador não desbordara os limites do poder de conformação que lhe é inerente<sup>24</sup>.

Igualmente, em precedente da Corte alemã no qual se discutiu a constitucionalidade de medidas econômicas consagradas em ato legislativo, reconheceu-se que o estabelecimento de objetivos e a definição dos meios adequados para atingi-los pressupõem “decisão de índole política, econômica, social ou político-jurídica”. Esse juízo fez com que o Tribunal adotasse postura cautelosa no exame relativo à adequação das medidas legislativas, consistindo, decerto, no ponto central das críticas à utilização do princípio da proporcionalidade como critério de aferição da constitucionalidade. Por essa razão, também entre nós, a declaração de inconstitucionalidade baseada na constatação de que a medida é inadequada aos objetivos pretendidos pelo legislador somente deve ocorrer em hipóteses excepcionais<sup>25</sup>.

Anota Ferreira Mendes que, nos dizeres da Corte Constitucional alemã, uma lei será inconstitucional, por infringir o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, “se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas”<sup>26</sup>.

No Direito português, o princípio da proporcionalidade erigiu-se à condição de princípio constitucional, contemplado no art. 18º, 2, da Constituição Federal, onde se lê que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”<sup>27</sup>.

Portanto, a doutrina constitucional recente enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*<sup>28</sup>.

Essa orientação, que permitiu “converter o princípio da reserva legal no *princípio da reserva legal proporcional*”, pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.040-9*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de novembro de 2004. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

<sup>25</sup> *BVerfGE*, 39:210 (230-1) *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 321.

<sup>26</sup> *BVerfGE*, 39:210 (230-1) *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 321.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 321.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 321.

perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a *necessidade* de sua utilização<sup>29</sup>.

O subprincípio da *adequação* exige que as restrições estabelecidas se revelem aptas a alcançar os objetivos almejados. O Tribunal Constitucional examina se o meio é “simplesmente inadequado”, “objetivamente inadequado”, manifestamente “inadequado ou desnecessário”, “fundamentalmente inadequado”, ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado”.

O subprincípio da *necessidade* exige que se adote o meio menos oneroso para o indivíduo, na consecução dos objetivos pretendidos. Em outras palavras, o meio não será necessário se o objetivo perseguido puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele igualmente eficaz, porém menos onerosa.

Observe-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo *peso* ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*<sup>30</sup>.

Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da *necessidade* tem maior relevância que o teste da adequação. Todavia, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida dependerá da “rigorosa “ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*).”<sup>31</sup>

Interessa, outrossim, estabelecer onde devem ser buscados os critérios de aferição a serem utilizados nessa metodologia. Pieroth e Shlink advertem, nesse sentido, que nem sempre a doutrina e a jurisprudência se contentam com as indicações possivelmente fornecidas pela ordem constitucional, “incorrendo no risco ou na tentativa de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> *BVerfGE*, 39:210 (230-1) *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 321/322.

<sup>30</sup> PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht*, p. 63 e s. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 321.

<sup>31</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 265.

<sup>32</sup> PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht*, 21 ed. Heidelberg [s.n.], 2005, p. 67/68 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 322/323.

Para contornar esses riscos, advertem aqueles autores, busca-se a combinação entre os vários elementos ou subprincípios do princípio da proporcionalidade, assumindo a proporcionalidade em sentido estrito o papel de um “*controle de sintonia fina*”, apto a revelar, em última instância, “a justeza da medida adotada ou a necessidade de sua revisão”.<sup>33</sup>

### 1.3 A relevância da ponderação na interpretação constitucional

O princípio da proporcionalidade fundamenta-se, preponderantemente, nas ideias de **ponderação** ou de **balanceamento**, utilizadas onde quer que haja necessidade de “encontrar o direito” para resolver “casos de tensão” entre bens juridicamente protegidos. Na proposta metodológica em que se baseia o princípio, a ponderação é um dos elementos do procedimento de interpretação/aplicação de normas conducente à elaboração de uma norma de decisão.

Em busca de uma resposta para a questão da validade desse modelo como metodologia aplicável na interpretação constitucional, releva examinar, também, os seus fundamentos doutrinários.

Em verdade, o método da ponderação de interesses é conhecido há muito tempo pela ciência jurídica. Nas últimas décadas, porém, a sua relevância tem sido reconhecida, sobretudo no direito constitucional.

Segundo Canotilho, vários são os motivos para a agitação metodológica acerca dos métodos de ponderação, no direito constitucional:

“(1) inexistência de uma ordenação abstrata de bens constitucionais, o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens, de modo a obter uma “norma de decisão situativa”, isto é, uma norma de decisão adaptada às circunstâncias do caso; (2) *formatação principial* (sob a forma de princípios) de muitas das normas do texto constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais), o que implica, em caso de colisão, tarefas de “concordância”, “balanceamento”, “pesagem”, “ponderação”, típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios (que não admitem soluções radicais de “tudo ou nada”); (3) fratura da unidade de valores de uma dada comunidade, que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise em presença de uma fundamentação rigorosa do balanceamento efetuado para a solução dos conflitos”<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 321.

<sup>34</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1199.



A atividade interpretativa que utilize a ponderação de bens inicia-se por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes, procurando, em seguida, atribuir um sentido ao texto normativo a aplicar. A ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e contextuais, obter a solução justa para o conflito de bens<sup>35</sup>.

Assim, na lição de Canotilho:

“a ponderação é um “modelo de verificação e tipicização da ordenação de bens em concreto”. Não é, de modo algum, um modelo de abertura para uma justiça “casuística”, “impressionística” ou “de sentimentos”. Precisamente por isso, é que o método não dispensa uma cuidadosa *topografia* do conflito nem uma *justificação* da solução encontrada por meio da ponderação”<sup>36</sup>.

A análise da topografia do conflito exige que se esclareça se e em que medida a área ou esfera de um direito se sobrepõe à esfera de um outro direito também normativamente protegido, o que – é de se frisar – não prescinde de uma metodologia racional.

À sua vez, o *teste de razoabilidade* permite descobrir, numa abordagem comparativa, o *desvalor* constitucional de alguns interesses pretensamente invocados como dignos de proteção e em conflito com outros. Servirá também como esquema metódico que permite excluir a existência de um verdadeiro conflito de bens, pelo fato de um dos direitos invocados não estar ou não se poder considerar “enquadrado” na esfera de proteção de uma norma constitucional<sup>37</sup>.

Ainda no tocante ao teste de razoabilidade, Canotilho nos ensina:

“Este teste de razoabilidade não se distinguirá, em muitos casos, do procedimento interpretativo em sentido estrito porque o que está aqui em causa é delimitar o âmbito de proteção de uma norma constitucional, estabelecendo uma espécie de linha de demarcação entre o que entra nesse âmbito e o que fica de fora. É o que a doutrina americana designa por *definitional balancing* (“balanceamento por definição”) e que no esquema metódico atrás referido corresponde ao recorte do chamado “âmbito normativo”. A linha de *definitional balancing* é seguida pela jurisprudência americana para precisar a esfera de proteção da norma e excluir certas dimensões não reentrantes nessa esfera: não cabem na *liberdade de manifestação de pensamento* certos “comportamentos expressivos” mas

<sup>35</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1199.

<sup>36</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1201.

<sup>37</sup> *Ibidem*. A propósito, ver também o ensinamento de MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 331.

estranhos à esfera de proteção, como a “propaganda subversiva”, a “instigação”, as manifestações sediciosas, as expressões de “baixo valor (*low-value speech*); não entram na esfera de proteção da norma do *habeas corpus* o acompanhamento coactivo, não sendo necessária qualquer validação, por parte do juiz, quanto à obrigação de comparecer perante a polícia de segurança; à *obrigação* de o falido se apresentar pessoalmente perante o juiz de falências; não entram na esfera de proteção do *domicílio* os teatros; não entram na *liberdade de circulação* a faculdade de se negar a exhibir documentos, o direito de conduzir sem cinto de segurança ou o direito de não pagamento de postagens”<sup>38</sup>.

Assim, no entender de Canotilho, o **teste de razoabilidade** não é, em rigor, um modelo de ponderação, pois se localiza ainda no procedimento interpretativo destinado a determinar o âmbito de proteção de normas garantidoras de direitos e bens constitucionais, definindo, por via geral e abstrata, os seus respectivos “campos normativos”.

Dado que o princípio da proporcionalidade se utiliza, em grande extensão, da ponderação de bens<sup>39</sup> – em especial nos casos onde haja a colisão de direitos fundamentais –, é de se perquirir quando é que, afinal, se impõe a ponderação para obter uma solução dos conflitos de bens constitucionais.

Buscando respaldar as conclusões deste trabalho, prossegue-se no desenvolvimento de Canotilho, que aponta alguns pressupostos metódicos básicos que autorizam e até impõem a ponderação de bens na tarefa de “concretização” constitucional. São eles, em primeiro lugar, “a existência de, pelo menos, dois bens ou direitos conflitantes (“reentrantes”) no âmbito de proteção de duas normas jurídicas que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não podem ser ‘realizadas’ em todas as suas potencialidades”. Em segundo lugar, “a inexistência de regras abstratas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento feito pela própria norma constitucional”. Excluem-se, por conseguinte, *relações de preferência prima facie*: nenhum bem é excluído porque se afigura, *prima facie*, excessivamente débil, ou privilegiado porque, *prima facie*, se apresenta como valor “reforçado” ou até absoluto. Assim, nos dizeres de Canotilho,

“isso implica a verificação e ordenação, em cada caso ou grupos de casos específicos, de esquemas de prevalência parciais ou relativos, porque, nuns casos, a prevalência pode pender para um lado e, noutros, para outro lado, segundo as ponderações ou balanceamentos efetuados *ad hoc*”.

<sup>38</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1201.

<sup>39</sup> Alguns autores sublinham mesmo que o princípio da proporcionalidade cumpre as mesmas funções da ponderação de bens, Cf. SCHNEIDER, M., *Die Güterabwägung*, p. 211.

Finalmente, “é indispensável a *justificação e motivação* da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo ter-se em conta sobretudo os princípios constitucionais da igualdade, da justiça e da segurança jurídica”. Mas o autor registra, ainda, pressuposto de fundamental importância: a necessária observância das regras constitucionais de *competência*, pois o método de ponderação não pode dissolver os esquemas de competência funcional constitucionalmente definidos<sup>40</sup>.

Os pressupostos eficientemente apontados por Canotilho, a um só tempo delimitam as hipóteses de utilização do modelo e condicionam a sua validade como metodologia de interpretação constitucional. A importância que, ultimamente, é atribuída à ponderação de bens constitucionais repousa, como se disse, na natureza tendencialmente *princípial* de muitas normas jurídico-constitucionais. Há um certo consenso, na doutrina, de que ponderação é o método característico de solução do conflito entre normas que revistam a natureza de princípios, o que se justifica pela “dimensão de ponderabilidade” dos princípios.”<sup>41</sup>. A “dimensão de ponderabilidade” dos princípios justifica a ponderação como método de solução do conflito de princípios<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1202/1203.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

## 2 A PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível vislumbrar duas funções distintas desempenhadas pelo princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso. Na primeira delas, o princípio da proporcionalidade surge como uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso” na ação limitativa do Estado em face desses direitos.

Neste sentido, ensina Germana Oliveira de Moraes:

“A utilização do princípio da proporcionalidade destina-se a ampliar o controle jurisdicional sobre a atividade não-vinculada do Estado, isto é, sobre os atos administrativos que envolvam o exercício de juízos discricionários ou a valoração de conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados (conceitos de prognose), possibilitando a contenção do exercício abusivo das prerrogativas públicas”<sup>43</sup>.

A máxima da proporcionalidade coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo, determinando o limite último da possibilidade de restrição legítima desses direitos.

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios ou normas, solucionando-os, diferentemente do que ocorre no conflito aparente entre regras – o qual se resolve pela revogação ou redução teleológica de uma das normas ou pela explicitação de distintos campos de aplicação para elas –, pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas ou princípios em confronto. Utiliza-se o princípio para estabelecer ponderações, voltadas para hipóteses concretas, entre distintos bens constitucionais.

Essa função é ressaltada por Paulo Bonavides, *in verbis*:

---

<sup>43</sup> MORAIS, Germana Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 75/83.

“Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no **princípio da proporcionalidade** é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais europeias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, já fizeram uso frequente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos”.<sup>44</sup>

Em síntese, a utilização do princípio da proporcionalidade, como instrumento de controle de constitucionalidade, ocorre quando se verifique restrição a determinado direito fundamental, ou um conflito entre princípios ou normas constitucionais, a demandar que se determine o peso relativo de cada um dos valores conflitantes, por meio da aplicação, na situação de conflito concreta, dos elementos ou subprincípios que integram referido princípio: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*.

Assim, há de perquirir-se se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

## **2.1 A colisão de direitos fundamentais (Análise de casos a partir de 1988)**

O princípio da proporcionalidade é uma ferramenta ou método para a superação de antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais, propiciando aos magistrados ponderar e avaliar, à luz de determinado contexto, qual deve ser o direito a preponderar na hipótese, como mencionado em linhas anteriores.

Em casos tais, a utilização do método da ponderação de bens e interesses visa a resolver o antagonismo entre os princípios e valores confrontados, propiciando ao magistrado aferir a constitucionalidade da norma ou conduta à luz do resultado desse exercício.

O exercício de ponderação desenvolve-se como pressuposto necessário para a decisão do magistrado, definindo os contornos de sua fundamentação e, não raro, representando a sua motivação principal.

---

<sup>44</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747.

Não raro, vários são os interesses envolvidos, o que leva o julgador a desenvolver reflexões sob a perspectiva de várias normas constitucionais, além de outras baseadas em dados empíricos, históricos, culturais, econômicos e sociais, entre outros.

No Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado, principalmente, como instrumento para a solução da colisão entre direitos fundamentais.

A colisão entre direitos fundamentais ocorre quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares e, igualmente, conflito entre direitos individuais e outros princípios ou valores voltados à proteção de interesses coletivos.<sup>45</sup>

Fala-se em colisão autêntica quando o exercício de um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual, excluídos os denominados conflitos aparentes, nos quais as práticas conflitantes desbordam o âmbito de proteção do direito fundamental invocado<sup>46</sup>.

Exemplo relevante de colisão entre direitos fundamentais (em sentido estrito) diversos é o conflito entre a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação (CF, art. 5º, IX), de um lado, e o direito à honra, à privacidade, à intimidade e à imagem das pessoas (CF, art. 5º, X), de outro.

Na vertente relativa à colisão entre direitos fundamentais individuais e outros princípios e valores constitucionalmente protegidos (colisões em sentido amplo), destacam-se a colisão entre o direito de propriedade e interesses coletivos associados, por exemplo, à utilização da água ou à defesa do meio ambiente, e os conflitos entre as liberdades individuais e a segurança interna como valor constitucional.

Caso relevante, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, examinou a submissão do réu, em ação de investigação de paternidade, ao denominado “exame de DNA”. O relator designado para o acórdão, Ministro Rezek, entendeu, com base numa ponderação de valores orientada por critérios de *razoabilidade*, que os interesses atinentes ao direito de filiação haveriam de prevalecer, na espécie, sobre o direito do investigado de recusar-se à

---

<sup>45</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 331/332.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

realização do exame, fundamentado na inviolabilidade da intimidade. É o que se lê na seguinte passagem do seu voto:

“Lembra o impetrante que não existe lei que o obrigue a realizar o exame. Haveria, assim, afronta ao artigo 5º, II, da CF. [...] Mas não me parece, ante a ordem jurídica da República neste final de século, que isso frustre a legítima vontade do juízo de apurar a verdade real. A Lei nº 8.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação, e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigado, bem assim com a certeza que a prova pericial pode propiciar à decisão do magistrado.

Um último dispositivo constitucional pertinente, que o investigado diz ter sido objeto de afronta, é o que tutela a intimidade, no inciso X do art. 5º. A propósito, observou o parecer do Ministério Público: “a afirmação, ou não, do vínculo familiar não se pode opor ao direito ao próprio recato”. [...], e mais, a Constituição impõe como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência. Como bem ponderou o *parquet* federal, no desfecho de sua manifestação, “não há forma mais grave de negligência para com uma pessoa do que deixar de assumir a responsabilidade de tê-la fecundado no ventre materno [...]” (fls. 206)”<sup>47</sup>.

Todavia, houve por bem o Tribunal acolher orientação contrária, preconizada no voto do Ministro Marco Aurélio. Igualmente com base em juízo de ponderação, o magistrado considerou como prevalentes, na espécie, os direitos nos quais se amparou o réu para recusar-se a realizar o exame:

“É certo que compete aos cidadãos em geral colaborar com o Judiciário, ao menos na busca da prevalência dos respectivos interesses, e que o sacrifício – na espécie, uma simples espetada – não é tão grande assim. Todavia, princípios constitucionais obstaculizam a solução dada à recusa. Refiro-me, em primeiro lugar, ao da legalidade, no que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Inexiste lei reveladora de amparo à ordem judicial atacada neste *habeas corpus* – no sentido de o Paciente, Réu na ação de investigação de paternidade, ser conduzido ao laboratório para a colheita do material indispensável ao exame. Ainda que houvesse, estaria maculada, considerados os interesses em questão – eminentemente pessoais – pela inconstitucionalidade. Digo isto porquanto a Carta Política da República consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas – inciso X do rol das garantias constitucionais (artigo 5º). Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda cível, a feitura de uma certa prova? O quadro é extravagante e em boa hora deu-se a impetração deste *habeas-corpus*. É irrecusável o direito do Paciente de não ser conduzido, mediante coerção

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Habeas Corpus* nº 71.373. Paciente: José Antonio Gomes Pinheiro Machado. Impetrante: José Antonio Gomes Pinheiro Machado. Coator: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 22 de novembro de 1996. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

física, ao laboratório. [...] A recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, de ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservadas ao Juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu”<sup>48</sup>.

Observou o Ministro Gilmar Mendes, em exame posterior, que a ponderação realizada no caso possivelmente não apreendeu todos os aspectos envolvidos na colisão. Veja-se, a propósito, comentário em sua obra “Curso de Direito Constitucional”:

“[...] O argumento formal relacionado com a presunção de paternidade – confissão ficta – parece desconsiderar o significado do conhecimento real da paternidade para o direito de personalidade da requerente. Não se pode, com absoluta tranquilidade, afirmar, como o fez o Ministro Marco Aurélio, que “a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo a da busca da preservação da vida humana, naqueles casos em que convicções religiosas acabam por conduzir à perda da racionalidade”<sup>49</sup>.

O tema foi novamente ventilado em outro *habeas corpus*, no qual se questionava se o pai presumido estaria obrigado a se submeter ao “exame de DNA”, em ação de paternidade ajuizada por terceiro, com o objetivo de ter reconhecida a sua condição de pai do menor.

É digna de registro a manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence, confirmando, também nesse caso, seu entendimento contrário à tese vencedora no HC 71.373:

“De minha parte, não obstante o respeito à maioria formada no HC 71.313 e o domínio do seu entendimento no direito comparado, ainda não me animo a abandonar a corrente minoritária no sentido – explícito no meu voto vencido – de que não se pode opor o mínimo ou – para usar da expressão do eminente Ministro Relator – o risível sacrifício à inviolabilidade corporal (decorrente da ‘simples espetadela’, a que alude o voto condutor do em Ministro Marco Aurélio) – à eminência dos interesses constitucionalmente tutelados à investigação da própria paternidade’.

A digressão, entretanto – e com as minhas escusas –, vale apenas a título de reserva do eventual e oportuno reexame da tese do precedente lembrado<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Habeas Corpus n° 71.373*. Paciente: José Antonio Gomes Pinheiro Machado. Impetrante: José Antonio Gomes Pinheiro Machado. Coator: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 22 de novembro de 1996. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

<sup>49</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 340.

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Habeas Corpus n° 76.060*. Paciente: Arante José Monteiro Filho. Impetrante: Elisa Pimenta. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 15 de maio de 1998. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 31 mar. 2017.



O relator, conquanto reiterasse o entendimento por ele manifestado na primeira decisão – no sentido da obrigatoriedade de submissão ao exame, em função do direito fundamental “à própria e real identidade genética” – entendeu que a imposição apresentava-se excessiva na hipótese então examinada. Considerou o eminente Ministro que o caso revestia-se de peculiaridade que tornava *desproporcional* a medida, como restou assente no voto que conduziu o entendimento do Tribunal pela concessão da ordem:

“Na espécie, por certo, não estão presentes as circunstâncias que, atinentes ao direito fundamental à própria e real identidade genética, me induzem a insistir na ressalva prudente.

Cuida-se aqui, como visto, de hipótese atípica, em que o processo tem por objeto a pretensão de um terceiro de ver-se declarado pai da criança gerada na constância do casamento do paciente, que assim tem por si a presunção legal da paternidade e contra quem, por isso, se dirige a ação.

Não discuto aqui a questão civil da admissibilidade da demanda.

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.

É de sublinhar que efetivamente se cuidaria de simples prova de reforço de um fato que, de outro modo, se pode comprovar.

Com efeito, a revolução, na área da investigação da paternidade, da descoberta do código genético individual, em relação ao velho cotejo dos tipos sanguíneos dos envolvidos, está em que o resultado deste se prestava apenas e eventualmente à exclusão da filiação questionada, ao passo que o DNA leva sabidamente a resultados positivos de índices probabilísticos tendentes à certeza.

Segue-se daí a prescindibilidade, em regra, de ordenada coação do paciente ao exame hematológico, à busca de exclusão da sua paternidade presumida, quando a evidência positiva da alegada paternidade genética do autor da demanda pode ser investigada sem a participação do réu (é expressivo, aliás, que os autos já contenham laudo particular de análise do DNA do autor, do menor e de sua mãe).

Esse o quadro, o primeiro e mais alto obstáculo constitucional à subjugação do paciente a tornar-se objeto da prova do DNA não é certamente a ofensa da colheita de material, minimamente invasiva à sua integridade física, mas sim a afronta à sua dignidade pessoal, que, nas circunstâncias, a participação na perícia substantivaria”<sup>51</sup>.

Nesse precedente evidencia-se a importância das peculiaridades do caso concreto para o resultado do processo de ponderação dos valores constitucionais em conflito.

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Habeas Corpus* nº 76.060. Paciente: Arante José Monteiro Filho. Impetrante: Elisa Pimenta. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 15 de maio de 1998. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/porta/jurisprudencia/>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

Fica evidente também aqui que, no Direito brasileiro, o princípio da dignidade humana assume relevo ímpar nesse desfecho. É certo, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal está a se utilizar, conscientemente, do princípio da proporcionalidade como “lei de ponderação”, rejeitando a intervenção que impõe ao atingido um ônus intolerável e desproporcional<sup>52</sup>. O recurso ao teste de razoabilidade e proporcionalidade revela-se importante, na medida em que a ponderação se realiza a partir das circunstâncias e peculiaridades de cada caso.

Outro precedente relevante, nesse contexto, refere-se à chamada “proibição da farra do boi”, postulada por associação de defesa dos animais em face do Estado de Santa Catarina.

O voto do Ministro Marco Aurélio espelha a colisão identificada entre os valores constitucionais em confronto, na espécie: a proteção e incentivo de práticas culturais (art. 215, § 1º), de um lado, e a defesa dos animais contra práticas cruéis (art. 225, VII), de outro.

“Se, de um lado, como ressaltou o eminente Ministro Maurício Corrêa, a Constituição Federal revela competir ao Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, apoiando, incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais – e a Constituição Federal é um grande todo –, de outro lado, no Capítulo VI, sob o título “Do Meio Ambiente”, inciso VII do artigo 225, temos uma proibição, um dever atribuído ao Estado:

“Art. 225 [...]

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.”

Senhor Presidente, é justamente a crueldade o que constatamos ano a ano, ao acontecer o que se aponta como folguedo sazonal. A manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel. Admitida a chamada “farra do boi”, em que uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga deter esse procedimento. [...]

Entendo que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre da circunstância de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal”<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 342/343.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Recurso Extraordinário nº 153.531*. Recorrente: APANDE – Associação dos Amigos de Petrópolis Patrimônio Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e Outros. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 13 de março de 1998. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

Nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal entendeu, com fundamento na prova existente nos autos, que a prática desenvolvida em Santa Catarina, denominada de “farra do boi”, desbordava completamente os limites de uma manifestação cultural, ainda que realizada sob esta roupagem. A solução encontrada baseou-se no que se poderia chamar de um teste de razoabilidade a que o Tribunal submeteu a “farra do boi”, levando-o a concluir que os procedimentos realizados sob tal denominação não se encontram no âmbito de proteção do artigo 215, § 1º, da Constituição Federal.

No âmbito do conflito entre a liberdade de expressão e de crítica e o direito à honra e à intimidade, é de se registrar, na jurisprudência do Tribunal Constitucional, precedente que reconhece a possibilidade de estabelecer *diferenciações* na aferição de eventual ofensa à honra, tendo em vista as situações peculiares dos eventuais envolvidos, em especial o nível de exposição pública das pessoas atingidas.

É o que se depreende da ementa do acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº 78.426:

“Crime contra a honra e a vida política. É certo que, ao decidir-se pela militância política, o homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a *zona di iluminabilità*, resignando-se a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade aos comentários e à valoração do público, em particular, dos seus adversários, mas a tolerância com a liberdade da crítica ao homem público há de ser menor quando, ainda que situado no campo da vida pública do militante político, o libelo do adversário ultrapasse a linha dos juízos desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo se invadem ou tangenciam a esfera da criminalidade: por isso, em tese, pode caracterizar delito contra a honra a assertiva de haver o ofendido, ex-Prefeito, deixado o Município “com dívidas causadas por suas falcatruas”.”<sup>54</sup>

Vê-se aqui que também o Supremo Tribunal Federal define tópicos que não de balizar o complexo de ponderação, o que não ocorre sem o recurso, ainda que implícito, aos critérios de proporcionalidade (em sentido estrito) e razoabilidade ínsitos à aplicação desse princípio.

No Inquérito nº 1.247, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, relativo a queixa-crime movida por deputado federal contra um ministro de Estado, por suposta calúnia, injúria e difamação, o Supremo Tribunal concluiu, com fundamento no princípio da proporcionalidade, que a resposta por este oferecida em face de ataques proferidos de tribuna

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Habeas Corpus* nº 78.426. Paciente: Antônio Izzo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Pertence. Brasília, DF, 16 de março de 1999. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

parlamentar pode ser admitida como “simples e legítima retorsão”, conforme se depreende da ementa do acórdão proferido no julgamento do caso:

“Crime contra a honra – Elemento subjetivo – Dolo – Inviolabilidade parlamentar – Retorsão – Alcance. Tratando-se de hipótese a revelar prática inicial coberta pela inviolabilidade parlamentar, sentindo-se o titular do mandato ofendido com resposta formalizada por homem público na defesa da própria honra, único meio ao alcance para rechaçar aleivosias, cumpre ao órgão julgador adotar visão flexível, compatibilizando valores de igual envergadura. A ótica ortodoxa própria aos crimes contra os costumes, segundo a qual a retorsão é peculiar ao crime de injúria, cede a enfoque calcado no **princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, da razão de ser das coisas**, potencializando-se a intenção do agente, o elemento subjetivo próprio do tipo – o dolo – e, mais do que isso, o socialmente aceitável. Considerações e precedente singular ao caso concreto”<sup>55</sup> (G.n.).

Nesse precedente, fica evidente o esforço do Tribunal com o objetivo de fixar critérios para o processo de ponderação dos valores constitucionais conflitantes (liberdade de expressão *versus* direito à honra). A Corte fundamentou-se nas peculiaridades do caso, sobretudo o privilégio da imunidade desfrutado pelo parlamentar, para entender como legítima a defesa formalizada por homem público na defesa da própria honra.

No julgamento da ADI 3.324/DF<sup>56</sup>, verifica-se um caso típico de utilização do princípio da proporcionalidade para solucionar um conflito entre interesses e direitos constitucionais contrapostos. O conflito, no caso, ocorreu quando do exame de norma derogatória do sistema de acesso às universidades públicas, consubstanciada no art. 1º da Lei nº 9.536, de 11 de dezembro de 1997, que assim dispõe:

“Art. 1º A transferência *ex officio* a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente de existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou se dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situe a instituição recebedora, ou para localidade mais próxima desta”.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Inquérito nº 1.247*. Querelante: Valdemar Costa Neto. Advogado: Luiz Eduardo Sá Roriz e Outro. Querelado: Sergio Roberto Vieira da Motta. Advogados: Reginaldo Oscar de Castro e Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 15 de abril de 1998. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.324-7*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Advogado: Advogado-Geral da União. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2004. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

<sup>57</sup> BRASIL. *Lei nº 9.536, de 11 de dezembro de 1997*. Regulamenta o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 dez. 1997, p. 29510.

O Tribunal julgou procedente, em parte, o pedido, para, sem redução do texto do artigo acima transcrito, assentar a inconstitucionalidade no que se lhe empreste o alcance de permitir a mudança, nele disciplinada, de instituição particular para pública, conferindo à cláusula “entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino” interpretação conforme de modo a autorizar a transferência obrigatória com observância da natureza privada ou pública daquela de origem, viabilizada a matrícula na congênera.

O voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes enfatizou os interesses contrapostos no precedente:

“Os interesses contrapostos, no caso em exame, são relativamente claros. O primeiro deles está baseado no próprio princípio da isonomia. De fato, em primeiro lugar, temos como potencialmente afetado o interesse de todos os demais cidadãos não beneficiados pela norma impugnada. Mais especificamente, temos os cidadãos que acabam por ser diretamente afetados pela norma, haja vista que dados da realidade evidenciam que sua aplicação potencialmente restringe o número de vagas nas universidades públicas federais.

Outro interesse potencialmente violado refere-se às próprias universidades. E aqui estamos diante de instituições que se inserem em uma moldura constitucional específica, pelo que penso ser necessário desenvolver algumas considerações sob a perspectiva das normas constitucionais relativas à educação e ao ensino universitário [...]”<sup>58</sup>.

À vista do conflito detectado, mais de um ministro reconheceu no precedente um típico caso “em que se faz necessária uma avaliação de proporcionalidade, no sentido de investigar se houve, ou não, um excesso legislativo”.

Em seu pronunciamento, o Ministro Ferreira Mendes ressaltou o papel do Judiciário na atividade de harmonizar interesses e ideologias sociais e invocou o pensamento do professor italiano Gustavo Zagrebelsky sobre o *ethos* da Constituição na sociedade moderna, transcrevendo o seguinte trecho de seu trabalho sobre o direito dúctil:

“As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes [...], isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma. [...]”

No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários

<sup>58</sup> BRASIL. *Lei nº 9.536, de 11 de dezembro de 1997*. Regulamenta o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 dez. 1997, p. 29510.

simultaneamente. O imperativo teórico da não contradição – válido para a *scientia júris* – não deveria obstaculizar a atividade própria da *jurisprudencia* de intentar realizar positivamente a “concordância prática” das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. [...]

“Positivamente”: não, portanto, mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão, principalmente, mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto”<sup>59</sup>.

Com esteio no entendimento preconizado pelo mestre italiano, defendeu o magistrado que a imposição legislativa impugnada nessa ação direta de inconstitucionalidade “descarta a necessidade de atendimento aos diversos interesses e direitos conflitantes sem o sacrifício absoluto de quaisquer deles”. Enfatizou, sob esse prisma, o imperativo de harmonizar a disciplina jurídica das transferências obrigatórias como os outros interesses em jogo na espécie, entre eles os limites orçamentários das universidades públicas brasileiras.

Aludindo expressamente ao exame de **proporcionalidade** – o qual, nas palavras do magistrado, exige que se considere “o contexto factual e normativo em que se insere o caso concreto” –, o Ministro advertiu que não poderiam ser desconsideradas, na espécie, as limitações econômicas que subordinam a atuação das universidades públicas, para o atendimento incondicional dos pedidos de transferência *ex officio*.

Entendeu o julgador, assim, ser o critério que assegura a transferência para instituição **congênere**, apenas, “estritamente **proporcional** ao caso”, na medida em que preservaria mais amplamente os interesses envolvidos:

“O critério da congeneridade é estritamente proporcional ao caso porque tanto possibilita o ingresso no caso de transferências *ex officio*, como garante a integridade da autonomia universitária, além de preservar minimamente o interesse daqueles que não são servidores públicos civis e militares ou seus dependentes, ou seja, a grande maioria da população brasileira”.<sup>60</sup>

O voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no mesmo julgamento, também remete ao princípio da proporcionalidade como parâmetro de razoabilidade da norma impugnada. Registre-se a seguinte passagem do voto: “A solução para privilegiar um

<sup>59</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón, 3. ed. Madri: Trotta, 1999, p. 13/16.

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.324-7*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Advogado: Advogado-Geral da União. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2004. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

determinado grupo social deveria ter razoabilidade tal que não ofendesse o princípio da proporcionalidade”.

Do mesmo modo, o voto do Ministro Joaquim Barbosa, que fez interessante prelação a respeito das medidas afirmativas ou derogatórias do sistema de acesso ao ensino superior, afirmando a necessidade de se aferir a sua legitimidade sob o prisma dos elementos ou critérios de proporcionalidade:

“Que estejamos, ou não, diante de ações afirmativas, pouco importa, pois o certo é que, para que se legitimem, medidas de caráter manifestamente derogatório de um sistema de acesso, tais como a prevista na norma impugnada, devem passar por testes rigorosos de constitucionalidade, tendentes a verificar, de um lado, se a norma que confere a respectiva vantagem tem como escopo o atingimento de um objetivo constitucional legítimo e, de outro, se o meio utilizado serve, efetivamente, à obtenção dos fins almejados.

Este é, em suma, o chamado *strict scrutiny*, que norteia, por exemplo, toda a prática de jurisdição constitucional da Corte Suprema dos Estados Unidos em matéria de igualdade, especialmente no campo da educação.

Se é certo que a missão precípua das Forças Armadas constitui um objetivo constitucional de primeira ordem, é duvidoso que, para a concretização dessa importantíssima missão constitucional, os membros da respectiva carreira e seus dependentes devam gozar de privilégios especialíssimos no sistema de Ensino Superior, a ponto de quase inviabilizar o funcionamento em certos quadrantes.

Noutras palavras, entendo que a norma impugnada não resiste ao teste de proporcionalidade, seja porque só mediatamente nela se vislumbra a busca de um objetivo constitucionalmente legítimo, seja porque o atendimento ao grupo beneficiário da norma pode se efetuar de forma bem menos gravosa e restritiva de direitos de outros, seja ainda porque os benefícios que supostamente seriam obtidos com a implementação dessa norma não são suscetíveis de compensar os sacrifícios que ela engendra”<sup>61</sup>.

Portanto, após analisar a situação conflitiva à luz da proporcionalidade, concluiu o Tribunal por conferir à norma interpretação (conforme) que salvaguardasse os interesses daqueles mediatamente atingidos pelo benefício nela previsto, sem sacrificar totalmente, por outro lado, os interesses dos grupos diretamente beneficiados. Assim, estabeleceu o Tribunal que a constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.536/97, viabilizador da transferência de alunos, pressupõe a observância da natureza jurídica do estabelecimento educacional de origem, ou seja, a congeneridade das instituições envolvidas – de privada para privada, de

---

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.324-7*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Advogado: Advogado-Geral da União. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2004. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

pública para pública – mostrando-se inconstitucional interpretação que resulte na mesclagem – de privada para pública.

Na ação direta de inconstitucionalidade 1.800-1/DF<sup>62</sup>, ajuizada pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG, buscou-se a invalidação dos artigos 1º, 3º e 5º da Lei 9.534, de 10 de dezembro de 1997, que tornou gratuitos “os assentos do registro civil de nascimento e o de óbito, bem como a primeira certidão respectiva”.

Sustentou a autora, em suma, que os dispositivos impugnados representam violação frontal ao preceito constitucional que garante o exercício da atividade registral em caráter privado (art. 5º, XXV) e, bem assim, ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV).

O Tribunal, por votação majoritária, julgou improcedente o pedido, apoiando sua fundamentação contrária à tese da autora em juízo de ponderação conduzido sob o prisma do princípio da proporcionalidade.

Em face do conflito instaurado entre valores constitucionais postos em confronto na hipótese, procedeu a Corte a uma ponderação entre eles, de modo a verificar se a proibição da cobrança de emolumentos correspondentes ao registro civil de nascimento e ao assento de óbito está ou não orientada por objetivos dignos de preponderar sobre os direitos atingidos pela norma impugnada.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski advertiu que o princípio da proporcionalidade corresponde a uma moeda de duas faces: de um lado, tem-se a proibição de excesso e, de outro, a proibição da proteção deficiente.

A partir do reconhecimento de que, em nosso ordenamento jurídico, a intervenção estatal na esfera privada somente se justifica e legitima quando realizada com o propósito de fazer preponderar o interesse da coletividade sobre o individual, a Corte entendeu que os dispositivos legais impugnados na ADI não incidem na proibição de excesso,

“porquanto os notários e registradores exercem tantas outras atividades lucrativas que a isenção de emolumentos neles estabelecida certamente não

---

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.800*. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR. Advogado: Francisco João Andrade e Outro. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 11 de junho de 2007. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 abr. 2017.



terá o condão de romper o equilíbrio econômico-financeiro das serventias extrajudiciais, de modo a inviabilizar a sua continuidade”.

De outra parte, considerou o magistrado estarem as normas contestadas em perfeita conformidade com a outra face do princípio da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente), “a qual exige que o Estado preste proteção eficaz aos economicamente hipossuficientes, sobretudo no que respeita aos seus direitos de cidadania”.

Assim, com fundamento nessa constatação, ponderou o ilustre magistrado que a ADI 1.800-1/DF<sup>63</sup> traz à baila os próprios fundamentos sobre os quais se assenta o Estado Democrático de Direito, o qual “configura aperfeiçoamento histórico daquilo que se convencionou chamar Estado Social”.

A propósito dessa constatação, e numa demonstração da carga política que inequivocamente influencia as decisões baseadas no princípio da proporcionalidade, o Ministro Ricardo Lewandowski transcreveu o magistério jurisprudencial da Corte Constitucional alemã, que entendeu inteiramente aplicável à espécie:

“O princípio do Estado Social contém uma ordem de conformação endereçada ao legislador [...]. Este o obriga a providenciar uma harmonização das contradições sociais [...]. Além disso, ele determina que o Estado ofereça assistência social a indivíduos ou grupos que, em razão de suas circunstâncias pessoais de vida ou de desvantagens sociais, se encontram impedidos de alcançar seu desenvolvimento pessoal ou social [...]. Como o legislador vai realizar essa tarefa é, na ausência de uma concretização mais precisa do princípio do Estado Social, exclusivamente de sua alçada”<sup>64</sup>.

Assim, no precedente estudado, a decisão a que chegou o Supremo Tribunal (por maioria), a partir do exercício de ponderação realizado à luz do princípio da proporcionalidade, orientou-se, sem sombra de dúvida, por valorações de conteúdo político,

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.800*. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR. Advogado: Francisco João Andrade e Outro. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 11 de junho de 2007. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

<sup>64</sup> SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Berlin: Kontad-Adenauer Stiftung, 2005. p. 834-835 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.800*. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR. Advogado: Francisco João Andrade e Outro. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 11 de junho de 2007. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

como se depreende, ainda, do seguinte trecho extraído do voto proferido pelo Ministro Lewandowski:

“O nascimento e a morte constituem fatos naturais que afetam igualmente ricos e pobres, mas as suas consequências econômicas e sociais distribuem-se desigualmente. O diploma legal impugnado busca igualá-los nesses dois momentos cruciais da vida, de maneira a permitir que todos, independentemente de sua situação patrimonial, nesse particular, possam exercer os direitos de cidadania, exatamente nos termos do que dispõe o art. 5º, LXXVII, da Constituição da República”<sup>65</sup>.

A orientação segundo a qual o Estado Social ordena-se a promover intervenções para a solução das contradições sociais conduziu o entendimento adotado pelo magistrado para a solução do conflito entre os valores constitucionais confrontados.

Ao conjugar, na interpretação dos dispositivos legais impugnados, os postulados da “proibição de excesso” e da “proibição da proteção deficiente”, a Corte, sem prescindir de uma análise política dos fatos sociais envolvidos e, sob esse prisma, do papel da atuação legislativa interventiva, entendeu revestida de proporcionalidade a limitação imposta aos serviços notoriais e de registro, terminando por julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

Interessante notar, ainda nesse precedente, o entendimento consignado no voto do Ministro Eros Grau, o qual fez registrar a observação de que “não existe constitucionalidade ou inconstitucionalidade segundo o princípio da proporcionalidade”, e recusou-se a tomar o postulado “como critério de apreciação de qualquer causa que não envolva especificamente a aplicação, a um caso concreto, de determinadas consequências jurídicas”, rechaçando, assim, a sua utilização no controle concentrado das leis<sup>66</sup>.

Em seu voto, no mesmo precedente, o Ministro Cezar Peluso, acompanhando o Ministro Ricardo Lewandowski, assinalou a importância, para o exercício da cidadania, dos atos de registro civil de nascimento e assento de óbito, assentando, sob esse prisma, a

---

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.800*. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR. Advogado: Francisco João Andrade e Outro. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 11 de junho de 2007. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

<sup>66</sup> Ibidem.

constitucionalidade da norma atacada, na medida em que orientada para a garantia desse direito<sup>67</sup>.

Já o Ministro Marco Aurélio, com fundamento, igualmente, no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, que, no seu entender “são ínsitos à Constituição Federal”, expressou entendimento contrário ao da maioria, defendendo a inconstitucionalidade da norma atacada<sup>68</sup>.

Com efeito, considerou o magistrado, à luz desses princípios, que o benefício da gratuidade, no tocante ao registro de nascimento e à certidão de óbito, deve ser limitado aos reconhecidamente pobres e não a todos em geral, pois outra não poderia ser a interpretação a ser dada à lei, haja vista o previsto nos incisos LXXVI e LXXVII da Constituição Federal, “cuja leitura há de ser feita conjugadamente”. E, ademais, porque “há necessidade de tratarmos de forma diferenciada os desiguais, até mesmo para preservarmos o benefício em relação aos menos afortunados”<sup>69</sup>.

Assim, firmou ele o seu entendimento segundo o qual é “desarrazoada” norma que estende a gratuidade dos serviços cartoriais em questão àqueles que têm condições de fazer o desembolso e, portanto, de recolher os emolumentos.

O Ministro Sepúlveda Pertence, em sua manifestação, rebateu os argumentos apresentados pelo Ministro Marco Aurélio, afirmando, na esteira de outros colegas que o precederam, a natureza eminentemente pública do serviço de assento de nascimento e óbito, o qual, “sendo essencial e não comportando custos onerosos, deve ser prestado diretamente pelo Estado”<sup>70</sup>.

Releva destacar a disparidade entre o voto do Ministro Marco Aurélio e os dos demais ministros que utilizaram para a solução do conflito o princípio da proporcionalidade,

---

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.800*. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR. Advogado: Francisco João Andrade e Outro. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 11 de junho de 2007. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudência/>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> Ibidem.

<sup>70</sup> Ibidem.

consignando convencimentos opostos a respeito da constitucionalidade dos preceitos impugnados<sup>71</sup>.

Cuida-se de interessante precedente em que a dialética dos fundamentos invocados, à luz do princípio, conduziu a resultados distintos no processo de ponderação entre os mesmos valores. Cumpre anotar, ainda, como não poderia deixar de ser, o conteúdo inequivocamente político das decisões obtidas com fundamento no postulado, na medida em que a valoração dos interesses e direitos confrontados se dá sob o prisma de um Estado “ideal”, que os representantes do Tribunal consideram refletir os princípios do texto constitucional em vigor.

## 2.2 O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais

Analisados alguns precedentes nos quais o Supremo Tribunal Federal utilizou o **princípio da proporcionalidade** como critério para a solução de conflitos entre direitos, intentar-se-á, doravante, estudar o emprego do princípio, sobretudo à luz da jurisprudência do STF, como mecanismo de tutela dos direitos fundamentais em face de atos estatais restritivos.

Inicialmente, cumpre registrar não haver uniformidade na doutrina quanto à terminologia adotada quando da utilização da máxima da “proporcionalidade” nesses casos. Pode-se afirmar, contudo, que as expressões mais utilizadas, ao lado de “princípio da proporcionalidade”, são “princípio da proibição de excesso” e “princípio da razoabilidade”.

Alguns doutrinadores entendem não haver distinção essencial entre o princípio da proporcionalidade e o **princípio da razoabilidade**. Isso porque ambos funcionam como meios de controle dos atos estatais, por meio do qual busca-se inibir e neutralizar aqueles que excedam limites razoáveis e proporcionais aos fins públicos. A propósito, afirma J. J. Gomes Canotilho:

“Através de *standards* jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, é possível hoje recolocar a

---

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.800*. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR. Advogado: Francisco João Andrade e Outro. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 11 de junho de 2007. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão”<sup>72</sup>.

Segundo Luís Roberto Barroso, os princípios em questão diferem entre si pela origem, pois “o primeiro desenvolveu-se a partir da doutrina alemã, ao passo que o segundo surgiu no direito anglo-saxão, como face material da cláusula do *due process of law* (devido processo legal)”. O autor salienta que, em linhas gerais, os conceitos são fungíveis<sup>73</sup>. No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho<sup>74</sup>.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não estabelece diferenciação precisa entre os dois princípios, conforme se infere da ementa da ADIMC-1407, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 1996. COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS PARA ELEIÇÕES PROPORCIONAIS. VEDAÇÃO ESTABELECIDADA PELA LEI N. 9.100/95 (ART. 6º). ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA (CF, ART. 17, 1º) E DE VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS DO PLURIPARTIDARISMO E DO REGIME DEMOCRÁTICO. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. [...]

VEDAÇÃO DE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS. PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA OU IRRAZOÁVEL. RESPEITO À CLÁUSULA DO *SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW*. O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no **princípio da proporcionalidade**, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O **princípio da proporcionalidade** – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal **que não veicular qualquer conteúdo de irrazoabilidade** presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente

<sup>72</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 75/83.

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 161/162.

<sup>74</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 21.

político ou discricionário do legislador. (g.n.). Votação: por maioria, vencido o Min. Ilmar Galvão. Resultado: indeferida”<sup>75</sup>.

Outrossim, ganham relevo, nessa acepção, os elementos ou subprincípios em que se desdobra o princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Primeiramente, a medida restritiva deve ser a mais adequada para a satisfação do interesse público visado. Além disso, a restrição aos direitos fundamentais deve limitar-se ao estritamente necessário para o atendimento daquele interesse. Ensina, a propósito, Canotilho:

“O princípio da exigibilidade, também conhecido como “princípio da necessidade” ou “da menor ingerência possível” coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão”<sup>76</sup>.

Por último, reclama-se proporcionalidade entre a restrição imposta e os fins colimados. Aqui, “meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”<sup>77</sup>.

Releva anotar que o princípio da proporcionalidade, não obstante concebido como ferramenta de proteção dos direitos fundamentais, é também invocado, em certa medida, para justificar a adoção de medidas que restringem esses direitos. Exemplo disso é o precedente em que se discutiu a constitucionalidade do plano de racionamento de energia elétrica (artigos 14 a 18 da Medida Provisória 2.152, de 01/6/2001, que estabelecia metas de consumo de energia elétrica, prevendo a suspensão do fornecimento em caso de descumprimento e tarifa especial para os consumidores que ultrapassassem suas metas). Nesse julgamento, o Tribunal, examinando a questão sob a ótica da **proporcionalidade** e da **razoabilidade**, optou por considerar constitucionais as medidas restritivas adotadas, por entender que a crise de energia

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1407*. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PC do B. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 07 de março de 1996. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

<sup>76</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 264.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 265.

elétrica autoriza o Estado a adotar política tarifária que desestimule o consumo, nos termos do art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição Federal<sup>78</sup>.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.040-9/Distrito Federal, discutiu-se a constitucionalidade da expressão “há pelo menos dois anos”, constante do art. 187 da Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União)<sup>79</sup>.

Também nesse interessante julgamento, o princípio da proporcionalidade foi utilizado como fundamento para argumentações favoráveis e, igualmente, para teses contrárias à constitucionalidade do dispositivo impugnado, que estabeleceu como requisito para a inscrição em concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público Federal a exigência de haver o candidato obtido o título de bacharel em Direito há pelo menos um biênio.

Alegava o autor (Procurador-Geral da República) que o tempo do bacharelado em Direito não constitui qualificação profissional para o exercício da advocacia ou das atribuições de cargos das carreiras jurídicas, pelo que a exigência seria incompatível com o art. 5º, XIII, além de ofender os artigos 5º, I, e 37, I, da Constituição Federal, que estabelecem a igualdade de acesso aos cargos públicos.

Na decisão sobre o deferimento da medida cautelar, o voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence – que deferia a liminar, mas restou vencido –, sintetizou a tese que teve por inconstitucional a norma com base na ausência de **razoabilidade** da restrição:

“[...] em matéria de concurso público, duas têm sido as restrições similares impostas que terão razoabilidade, segundo algum ponto de vista. Nenhuma delas a norma questionada retrata. Nela, nem se vê requisito de idade mínima, que se presume estabelecido em favor de uma exigência de maturidade pessoal do candidato, nem requisito de um mínimo de prática forense, que se pressupõe estabelecido em razão ou em favor de um mínimo de maturidade pessoal.

---

<sup>78</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9*. Requerente: Presidente da República. Advogado: Advogado-Geral da União. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 13 de dezembro de 2001. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.040-9*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de novembro de 2004. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 02 maio 2017.

[...] o que se estabeleceu foi uma **quarentena desarrazoada**, contada apenas do título de bacharel, ainda que maduro pessoalmente o candidato, ou ainda que esses dois anos não assegurem amadurecimento profissional algum”<sup>80</sup>.

Em suma, apontava-se que a norma, que não impõe idade mínima para o exercício do cargo nem contém exigência de prática forense, não se compatibilizaria com as restrições tidas por **razoáveis**, as quais seriam guiadas pela maturidade pessoal e profissional exigíveis para o cargo.

Contudo, o Tribunal, por maioria, terminou por entender, no julgamento de mérito, que a exigência temporal de dois anos de bacharelado em Direito como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União, não representa ofensa ao princípio da razoabilidade, pois, ao contrário de se afastar dos aludidos parâmetros (maturidade pessoal e profissional), adota critério objetivo que a ambos atende.

Reconheceu o Tribunal, vencidos os votos divergentes, que a Constituição reserva à lei estipular requisitos e condições para o provimento de cargos públicos, por via de concurso, também no que concerne a qualificações profissionais e idade, entendendo que a restrição imposta pela norma atacada “não é desarrazoada”.

O exame de razoabilidade da norma foi o critério majoritariamente adotado pelo Tribunal, mas o resultado hermenêutico por ele propiciado também não foi unânime.

Utilizando a mesma ferramenta de interpretação, os ministros que participaram do julgamento chegaram a soluções precisamente opostas, evidenciando a carga de subjetividade presente nos julgamentos baseados no princípio da proporcionalidade.

Interessante notar que, nesse precedente, o exame da utilidade ou necessidade da norma não prevaleceu como parâmetro de sua validade. Embora reconhecendo que a exigência temporal posta na Lei Orgânica do Ministério Público da União possa não ter a utilidade desejada pelo legislador, entenderam os julgadores, em sua maioria, “não ser esse o critério que deve presidir o exame de constitucionalidade da norma, mas sim a razoabilidade”, ou, em outros termos, “a pesquisa da correlação entre a exigência feita e o critério de seleção

---

<sup>80</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.040-9*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de novembro de 2004. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 3 maio 2017.



a que se propõe o concurso em tela”, concluindo ser razoável a correlação lógica entre um procedimento destinado a recrutar membros do Ministério Público Federal e o indicador de maturidade embutido na exigência.

Transcreve-se, a propósito, trecho do voto proferido pelo Ministro Néri da Silveira, relator da ação:

“Embora, de *lege ferenda*, participe do entendimento segundo o qual, no interesse de recrutar bacharéis em Direito para cargos de Magistratura e Ministério Público, não se faz necessário interstício entre a colação de grau e a inscrição em concurso público para esses cargos, compreendo, entretanto, que lei que o exija, como na espécie, não é de ter-se como desarrazoada ou contrária ao princípio da isonomia”<sup>81</sup>.

Portanto, não obstante censurada sob o ponto de vista de um dos elementos norteadores do exame de proporcionalidade – o da *necessidade* – a norma não foi considerada, pela maioria dos participantes do julgamento, desproporcional ou desarrazoada.

Contudo, utilizando-se do mesmo instrumento hermenêutico, concluíram alguns julgadores em sentido precisamente oposto, ou seja, que a exigência de prazo carencial entre a conclusão do curso jurídico e a inscrição em concurso público destinado a prover cargos das carreiras jurídicas, além de inócua, não seria razoável, ao argumento de que muitos terão atravessado a dilação temporal sem o exercício da profissão, “distanciando-se dos conhecimentos hauridos no bacharelado”.

Leia-se, a propósito, trecho do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence: “Considero haver uma restrição a pressuposto básico do concurso público – a isonomia – que, para ser legítima, há de sujeitar-se ao juízo de razoabilidade. Ela deve visar a alguma coisa, e esta não visa a coisa alguma”<sup>82</sup>.

Assim, o exame a que foi submetida a norma sob a perspectiva da razoabilidade propiciou soluções diversas e opostas pelos intérpretes/julgadores que dela se utilizaram, revelando a possibilidade de julgamentos excessivamente subjetivos em hipóteses tais.

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.040-9*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de novembro de 2004. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 5 mai. 2017.

<sup>82</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.040-9*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de novembro de 2004. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 5 mai. 2017.

Importante observar, além disso, que, ao apreciar casos análogos, o Supremo Tribunal, com base no mesmo postulado, chegou a soluções distintas em cada um desses casos, a partir de suas particularidades específicas.

Em todos eles, entretanto, entendeu-se que as restrições da lei à admissão em concurso para provimento de cargos ou ao exercício de ofício, “não podem constituir obstáculo desarrazoado à aplicação dos princípios da acessibilidade de todos aos cargos públicos ou da liberdade para o exercício de ofício ou profissão”. Assim, já se afirmou, sob a perspectiva desses princípios, que a lei pode estabelecer limites de idade para o provimento de cargos públicos, mas tal restrição “há de ser razoável”. Suspendeu-se, nesse contexto, a vigência de norma que fixava em trinta e cinco anos o limite máximo para ingresso em cargo de Defensor Público, considerando-se, no caso, sem razoabilidade o limite de idade previsto em lei, pelo que constituiria, então, “inequívoco atentado ao princípio da acessibilidade de todos aos cargos públicos”.

Dessa forma, tem se posicionado o Tribunal no sentido de que pode o legislador, no plano da Constituição de 1988, estipular condições para o provimento de cargos públicos. Não obstante, o juízo político que a Constituição reservou ao legislador, no tocante a esses requisitos, deverá inspirar-se em razões gerais de conveniência ou razoabilidade, cujo exame, pelo Judiciário, atestará a sua validade em cada caso.

As críticas ao princípio da proporcionalidade como critério de aferição da constitucionalidade de normas encontram, nesses precedentes, importante força argumentativa, porquanto a disparidade de soluções encontradas, num mesmo julgamento, revela que o magistrado (tribunal) pode estar, com apoio naquele postulado, justificando *pré-decisões* ou juízos de valoração política reservados ao legislador, substituindo-se, portanto, nas competências a este reservadas.

É de se registrar, contudo, que nesse precedente específico – ADI nº 1.040-9/DF<sup>83</sup> – e na Representação nº 1.054/DF<sup>84</sup>, o Tribunal firmou seu entendimento a partir da assertiva

---

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.040-9*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de novembro de 2004. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 15 maio 2017.

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Representação nº 1.054*. Representante: Procurador-Geral da República. Representado: Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 04 de abril de 2004. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 16 maio 2017.

segundo a qual o texto da Lei Maior reserva ao legislador ordinário a fixação das qualificações profissionais necessárias ao livre exercício das profissões (art. 5º, I), do mesmo modo que deixa a cargo da lei a estipulação dos requisitos de que dependerá o acesso aos cargos e funções públicas, razão por que “não se põe em dúvida a possibilidade de o legislador fixar, segundo critérios de conveniência e razoabilidade próprios, tais qualificações e requisitos”.

Observa-se, além do mais, que alguns dos ministros que participaram do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.040-9/DF e votaram pela sua improcedência, expuseram o entendimento pessoal de que não se faz necessário o interstício entre a colação de grau e a inscrição em concurso para cargos de Magistratura e Ministério Público – ou seja, entenderam desnecessário ou inócuo o requisito temporal estabelecido pelo legislador no art. 187 da Lei Complementar nº 75/1993. Não obstante, compreenderam que lei que o exija, como na espécie, “não é de ter-se como desarrazoada ou contrária ao princípio da isonomia”.

Nessa linha de raciocínio, defenderam os ministros que “constitui juízo que a Constituição reservou ao legislador” decidir se será ou não mais conveniente admitir o bacharel em Direito logo diplomado ou após dois anos de conclusão do curso, ou de prática forense, em concurso público para provimento de determinado cargo.

O exame de razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito operou-se, nesses casos, de forma a excluir, tão-somente, requisito ou condição manifestamente “desarrazoado”, “segundo o sistema da Constituição em vigor”.

Assim, conquanto o exame de razoabilidade, na espécie, tenha propiciado opiniões diversas num mesmo caso ou grupo de casos, observa-se que o Tribunal inclinou-se por referendar as decisões políticas do legislador, quando houvesse um consenso geral acerca de sua conveniência e utilidade para o fim perseguido pela norma.

No julgamento de mérito da ADI nº 1.040-9/DF, o Ministro Paulo Brossard observou, em seu voto:

“O legislador toma ou deve tomar uma linha média que corresponda a determinado ideal. É claro que uma pessoa desatinada não terá juízo nem em dois nem em vinte anos depois de formado, mas é claro também que o período de dois anos que sucede à fase de formação teórica deve ter alguma utilidade; até porque esses dois anos o formado não passa em vão: há de estudar, há de freqüentar o foro, há de se iniciar na advocacia, há de aperfeiçoar-se. [O legislador presume, Senhor Presidente, que o bacharel em

Direito que pretenda ingressar na carreira do Ministério Público aproveite esse período aqui estigmatizado como “quarentena”[...] Assim, não me parece, *prima facie*, desarrazoada a norma legal [...]”<sup>85</sup>.

Observa-se, nesse precedente e em outros análogos, que o princípio da proporcionalidade não deu azo a que o Judiciário se “substituísse” ao legislador, excluindo as limitações legais que, no entender de seus representantes, seriam desnecessárias ou inúteis. Contudo, serviu de substrato para que o Tribunal invalidasse restrições consideradas “arbitrárias” ou “caprichosas”, segundo critérios subjetivos próprios desses magistrados.

A medida de razoabilidade das normas examinadas baseou-se, no mais das vezes, no critério da “proporcionalidade em sentido estrito”: na ADI 1.049-9/DF, centrou-se no exame da correlação entre a exigência estabelecida e a finalidade buscada pela norma.

Verifica-se, frequentemente, o esforço do magistrado para encontrar, na norma examinada, a fonte primeira de harmonização entre os interesses em jogo, esclarecendo de que maneira e em que medida o legislador propiciou o respeito a ambos, pois disto depende, em última análise, o juízo positivo de constitucionalidade da norma. Quando a harmonização se revela impossível, surge, como consequência, a inconstitucionalidade do dispositivo.

Assim, o primeiro passo para a aplicação do princípio da proporcionalidade está em identificar, no caso em exame pelo Tribunal, os direitos ou valores contrapostos. Colocam-se em evidência os interesses potencialmente afetados, buscando-se identificar os seus respectivos sujeitos e em que medida eles sofrerão restrições em decorrência do ato ou norma impugnados.

---

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.040-9*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de novembro de 2004., Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 18 maio 2017.

### 3 SUBJETIVISMO E ARBÍTRIO NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Segundo Häberle, em sentido amplo, toda lei interpretada – não apenas as chamadas leis temporárias – é uma lei com duração temporal limitada. Em outros termos, o texto, confrontado com novas experiências – e com novos **sujeitos** –, transforma-se necessariamente em outro<sup>86</sup>.

De acordo com Häberle<sup>87</sup> não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada – e interpretada por um sujeito com ideias únicas, influenciadas e formadas pelo conjunto de experiências sociais e políticas por ele vividas num dado momento histórico. Por isso, Häberle<sup>88</sup> introduz o conceito de *pós-compreensão*, entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados, com base nos quais se compreende “supervenientemente” determinada norma.

Essa reflexão e a ideia de que a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado e diretamente influenciado por forças sociais e ideias, leva ao entendimento de que a interpretação constitucional, sobretudo, não pode ser um processo puramente racional e científico, ainda quando se utilizem métodos de interpretação rotineiros. Nesse caso, é compreensível que surja uma nova orientação hermenêutica, que admita e reclame métodos e cuidados especiais ou excepcionais. Isso se verifica, dentre outros campos, principalmente em matéria de defesa dos direitos fundamentais. Aqui, talvez, se mesquem as mais diversas concepções existentes na própria sociedade e o processo dialético que as envolve.

Todavia, a compreensão de que a tarefa de interpretação constitucional não prescinde, ainda quando utilize métodos que se pretendam racionais, transparentes e objetivos, de elementos subjetivos influenciados por forças sociais e políticas, não soluciona o problema que uma excessiva flexibilização de técnicas de controle de constitucionalidade pode ocasionar, à medida que esses métodos se aproximam, em larga medida, dos “*backgrounds*” ou posições valorativas dos intérpretes (tribunais).

---

<sup>86</sup> HABERLE, Peter. *Zeit um Verfassung*, in: *Probleme der Verfassungsinterpretation*, org:Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich, Nomos, Baden-Baden, 1976, p. 312/313 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus n° 85.687/RS*. Paciente: Eduardo da Rosa Silva. Impetrante: Eduardo da Rosa Silva. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 17 de maio de 2005. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 18 out. 2007.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

Segundo Canotilho<sup>89</sup>, a influência dos valores políticos na tarefa da interpretação *legítima* o recurso aos princípios políticos constitucionalmente estruturantes, não podendo servir, contudo, para alicerçar propostas interpretativas ou métodos de decisão alicerçados em qualquer sistema de *supra-infra* ordenação de princípios ou valores (ex.: princípio do Estado de Direito mais valioso que o princípio democrático) nem em qualquer ideia de antinomia, legitimadora da preferência de certos princípios relativamente a outros (ex.: antinomia entre o princípio do Estado de Direito e o princípio da socialidade, solucionando-se a antinomia através do reconhecimento de primazia normativa do primeiro).

O domínio constitucional é, decerto, o espaço jurídico mais adequado para uma perspectiva evolutiva e flexível das técnicas de interpretação, dada a necessária repercussão das mudanças político-sociais e do desenvolvimento dos elementos políticos na valoração do conteúdo das disposições constitucionais. Contudo, a opção por uma perspectiva mais evolutiva das técnicas de interpretação constitucional e controle de constitucionalidade não legitima estratégias políticas de subversão ou transformação constitucional, nem, tampouco, técnicas de decisão que ultrapassem os limites de uma tarefa interpretativa<sup>90</sup>.

Para Canotilho<sup>91</sup>, num Estado de direito democrático o trabalho metódico de concretização<sup>92</sup> – entendido como o processo de densificação de regras e princípios constitucionais<sup>93</sup> – é um trabalho normativamente orientado. Como corolário subjacente a esta postura metodológica, “o jurista concretizador deve trabalhar a partir do *texto da norma*, editado pelas entidades democrática e juridicamente legitimadas pela ordem constitucional.” Nesse sentido, “a *norma de decisão*, que representa a medida de ordenação da norma imediata e concretamente aplicável a um problema, não é uma ‘grandeza autônoma’, independente da

---

<sup>89</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1171.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 1171.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 1185.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 1165. **Concretizar a Constituição** traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta “concretização normativa” é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é no fundo, o lado “técnico” do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é sim, a construção de uma norma jurídica.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 1165. **Densificar uma norma** significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação a um caso concreto.

norma jurídica, nem uma ‘decisão’ voluntarista do sujeito da concretização (tribunal), devendo reconduzir-se sempre à norma jurídica”.

Para o autor, a distinção positiva das funções concretizadoras destes vários agentes depende, como é óbvio, da própria Constituição, verificando-se, comumente, no plano constitucional, a convergência concretizadora de várias instâncias:

“(a) *nível primário de concretização*: os princípios gerais e especiais, bem como as normas da Constituição que “densificam” outros princípios; (b) *nível político-legislativo*: a partir do texto da norma constitucional, os órgãos legiferantes concretizam, através de “decisões políticas” com densidade normativa – os atos legislativos –, os preceitos da Constituição; (c) *nível executivo e jurisdicional*: com base no texto da norma constitucional e das subsequentes concretizações desta a nível legislativo, desenvolve-se o trabalho concretizador de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos”.

Ainda segundo Canotilho<sup>94</sup>, fala-se de perspectiva metódica jurídico-funcional quando, na interpretação-concretização das normas constitucionais, se tomam, como ponto de partida, as características funcionais específicas das competências de decisão dos vários órgãos constitucionais. Esta perspectiva jurídico-funcional é agitada, sobretudo, para demarcar os limites entre as competências do legislador (nível político-legislativo) e do Tribunal Constitucional (nível jurisdicional) e, portanto, os limites da jurisdição constitucional.

Como adverte Canotilho, a questão do “método justo” em direito constitucional é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicística. Segundo ele, a elaboração de um catálogo de métodos válidos de interpretação constitucional está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e *práxis* jurídicas de encontrar princípios auxiliares da tarefa interpretativa: (1) relevantes para a decisão (solução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídico-funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a Constituição) e princípios jurídico-materiais (ex.: princípio da unidade da Constituição, princípio da efetividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de

---

<sup>94</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1165.

problemas constitucionais dentro da base de compromisso cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade)<sup>95</sup>.

### 3.1 Jurisdição constitucional: posição institucional, legitimidade e legitimação

A jurisdição constitucional, com seus pontos positivos e negativos, já exaustivamente debatidos, parece ser, ainda, ferramenta indispensável de ordenação social.”<sup>96</sup>

Para Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, “[...] onde quer que se institucionalizem relações de mando, necessário será que alguém arbitre os inevitáveis conflitos entre os *fatores reais de poder*”.<sup>97</sup>

No âmbito da sociedade política, se ninguém pode dizer o que é *justo*, é preciso que alguém defina, pelo menos, o que é *jurídico*<sup>98</sup>.

Se o direito funciona como instrumento de compulsória integração social, então parece óbvio que, em dado momento, cessem os *conflitos de interpretação* e se implementem, eficazmente, os comandos destinados a criar e manter essa mesma integração.

Sob essa perspectiva, e sem perder de vista que as constituições representam sistemas de normas e princípios em constante movimento e atualização, a questão fundamental repousa em decidir a quem atribuir a palavra final nesse universo normativo, pois, como formularam Hobbes e Perelmann, “o legislador (atual) não é aquele por cuja vontade se editaram as leis, mas aquele que, podendo revogá-las ou interpretá-las *autenticamente*, as mantém em vigor com o sentido em que vêm sendo aplicadas”.<sup>99</sup>

E a escolha de quem falará por último há de ser feita à luz da experiência histórica, como se passou na construção da república norte-americana, quando os fundadores da nação

<sup>95</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1186.

<sup>96</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 124.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. Revisão Técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, p. 210 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 124.

<sup>99</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 125.



convenceram seus concidadãos a adotar uma opção judiciarista, confiando aos seus juízes a guarda da ordem jurídica<sup>100</sup>.

Note-se que a opção norte-americana se desenrolou naturalmente, ao sabor da própria experiência constitucional, consolidando-se de tal modo esse *governo de juízes* que a Constituição norte-americana acabou por se tornar aquilo que a Suprema Corte do país afirma que ela é, nas sucessivas viragens de jurisprudência voluntariamente assumidas por aquele Tribunal<sup>101</sup>.

Pode-se dizer, assim, que as feições da Carta Política norte-americana sofreram inúmeras mutações e adaptações ao longo dos séculos, sendo essas mudanças ditadas, sobretudo, pela interpretação dada às normas constitucionais pela Suprema Corte, favorecida, por óbvio, pela estrutura peculiar dessas normas, em especial daquelas definidoras de direitos fundamentais<sup>102</sup>.

Para Mauro Cappelletti, pela singular posição institucional de que desfrutam, as cortes constitucionais não podem ser classificadas como órgãos jurisdicionais, legislativos, ou executivos, pois a elas pertence “uma função autônoma de controle constitucional, que não se identifica com nenhuma das funções próprias de cada um dos Poderes [...], mas se aproxima de várias formas de todos eles, para reconduzi-los, quando necessário, à rigorosa obediência das normas constitucionais”<sup>103</sup>.

Esse papel consubstancia, sem sombra de dúvida, prerrogativa essencialmente política, pois, ainda que sob a roupagem do trabalho hermenêutico, possibilita aos tribunais constitucionais definir, a cada nova *interpretação*, os papéis destinados a cada um dos Poderes estatais, uma prerrogativa extraordinária que só se tornou juridicamente possível porque de um lado, o exercício de todos os poderes públicos está vinculado à Constituição e, de outro, ao tribunal está afeta a concretização última da Constituição, nisto compreendida a definição da sua própria competência<sup>104</sup>. (Outra não é, por exemplo, a finalidade do princípio da proporcionalidade quando, com base nele, o magistrado identifica limites para a atuação

<sup>100</sup> HAMILTON, Alexander. Os juízes como guardiães da Constituição, in *O Federalista*. Brasília UnB, 1984, p. 575-582.

<sup>101</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 128.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 128/129.

<sup>103</sup> CAPELLETTI, Mauro, O controle de constitucionalidade das leis – *Revista de Direito Processual Civil*, cit., p. 38 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>104</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 129.

legislativa ou, noutros termos, os limites de “conformação do legislador”, considerando arbitrárias ou excessivas as leis que ultrapassem esses limites).

Destaca Konrad Hesse que essa extraordinária prerrogativa das cortes constitucionais é facilitada e ampliada pela natureza peculiar das normas constitucionais, as quais, diferentemente dos preceitos jurídicos em geral, apresentam-se sob a forma de princípios, “numa linguagem tão aberta, indeterminada e plurissignificativa, que o ato de concretizá-las em rigor não conhece limites e só com extrema boa vontade ainda poderíamos rotulá-la como atos de *interpretação*”<sup>105</sup>.

A supremacia institucional das cortes constitucionais e a textura aberta das normas-princípios com que trabalham, somadas à indefinição das próprias regras hermenêuticas de que se utilizam – as quais terminam por possibilitar-lhes um certo grau de manipulação interpretativa – propiciam críticas reiteradas à atuação das cortes constitucionais e à sua transformação gradativa em órgãos legiferantes<sup>106</sup>.

Sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco comentam:

“Para ilustrar essa liberdade de (re)elaboração constitucional, lembremos que entre nós, por decisão consciente do legislador – Leis 9.868/99 e 9.882/99 – conferiu-se ao STF a prerrogativa excepcional de graduar os efeitos das declarações de inconstitucionalidade e de descumprimento de preceito fundamental da Constituição, sempre que, a juízo da Corte, razões de *segurança jurídica ou de excepcional interesse social* – conceitos abertos a mais não poder – venham a justificar a sobrevida, temporária e anômala, de atos ou normas incompatíveis com a Constituição, uma prerrogativa evidentemente política, mas nem por isso desprovida de **razoabilidade**, como registram os estudos dedicados ao tema”<sup>107</sup>.

Em conclusão, neste ponto, afirmam Ferreira Mendes, Mártires Coelho e Gonet Branco:

<sup>105</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Tradução alemã por Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998, p. 421; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977, p. 303/304; CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia, sociedade*. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 365/452 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 129.

<sup>106</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia*. cit. ed. de 1999, p. 250 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 130.

<sup>107</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. p. 157/164 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 130/131.

“[...] quando se afirma que o sentido das constituições, conquanto se deva presumir *objetivo*, em verdade é aquele fixado pela jurisprudência constitucional, o que se está a dizer é que nesses sistemas jurídicos, porque trabalham com fórmulas lapidares ou enunciados abertos e indeterminados; porque estão situados fora e acima da tradicional tripartição de poderes estatais; e, afinal, porque desfrutam de singular autoridade, os *guardas* da Constituição acabam constitucionalizando a sua própria opção de justiça – rigorosamente a sua ideologia –, que outra não é senão a da classe social, hegemônica, que eles integram e representam”<sup>108</sup>.

Por fim, Konrad Hesse ensina que, na Alemanha, essa justiça extraordinária dos tribunais constitucionais possibilita aos juízes dessas cortes tomar decisões com teor e alcance político de grande monta, baseadas, muitas vezes, em princípios amplos e indeterminados da Carta Política, o que lhes confere um poder político muito superior ao das jurisdições ordinárias.<sup>109</sup>

Nisso consiste, se não a natureza, pelo menos a *dimensão política* da jurisdição constitucional, como instância de controle formal e material do direito – *a vigilância do direito pelo direito* – uma inovação na própria estrutura da legalidade, como enfatiza Luigi Ferrajoli, para quem essa novidade é a mais importante conquista do direito contemporâneo<sup>110</sup>.

Nesse contexto de mudança de paradigmas, é crescente o reconhecimento de que se faz necessário questionar os próprios modelos de jurisdição constitucional e *abrir* a sociedade dos intérpretes da Constituição, em ordem a estimular o diálogo jurídico – e mesmo político – entre os seus tradutores oficiais e os diversos segmentos da sociedade<sup>111</sup>.

Dado o possível déficit de legitimidade democrática inerente a esse monopólio judiciarista de interpretação, ganham relevo esforços compensadores, como os de Peter Häberle, a propugnar por uma visão *republicana* e *democrática* da interpretação constitucional, por uma fórmula jurídico-política centrada na tese de que uma sociedade *aberta* exige uma interpretação igualmente aberta da sua Lei Fundamental.

<sup>108</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 131.

<sup>109</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Tradução alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998, p. 420/421 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 129.

<sup>110</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 2. ed., Madrid: Trota, 2001, p. 19 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 132.

<sup>111</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 132.

Nessa direção, observa Häberle:

“A hermenêutica constitucional esteve, durante muito tempo, associada a um modelo de interpretação de uma sociedade *fechada*, concentrando-se primariamente na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados, do que resultou empobrecido o seu âmbito de investigação”<sup>112</sup>.

Também, observa Häberle:

“Por isso, pondera, é chegada a hora de uma transformação radical, para que a interpretação constitucional – que a todos interessa – seja realizada *pela e para* a sociedade aberta e não apenas pelos operadores oficiais da Constituição, ainda que, a seu ver, a última palavra deva continuar institucionalmente com os órgãos da jurisdição constitucional”<sup>113</sup>.

Na mesma linha, argumentam Ferreira Mendes, Mártires Coelho e Gonet Branco que, se vivemos num Estado de direito, “faz-se imperioso que a leitura da sua Constituição seja feita em voz alta e à luz do dia, no âmbito de um processo verdadeiramente público e republicano, num *diálogo jurídico* do qual participem todos os atores sociais – agentes políticos ou não – tendo em vista que todos os cidadãos, e não apenas os dirigentes, baseiam na Constituição os seus direitos e obrigações.

Enrique Alonso Garcia, a seu turno, adverte que as discussões sobre a legitimidade do poder extraordinário exercido pelos tribunais constitucionais cedeu lugar aos debates “sobre o método – *jurídico* ou *político* – que a jurisdição constitucional utiliza para dizer a *última palavra* sobre a Constituição.”<sup>114</sup>

Essa questão assume importância crucial, na medida em que “a escolha do método e seu manejo, de resto guiados pela pré-compreensão dos juízes, acabam condicionando ou até mesmo determinando o conteúdo de suas decisões”.

Sob outra perspectiva não menos importante, observa-se que os *fatores reais de poder*, atentos ao papel dos tribunais constitucionais, deslocam os seus conflitos para a arena

<sup>112</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 132.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 9 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 133.

jurisdicional daquelas cortes, cientes de que a *interpretação* final dada pelos seus juízes sinalizará para o vencedor da disputa a “constitucionalização de suas opiniões”.<sup>115</sup>

Em sentido contrário aos que criticam o excessivo poder conferido às cortes constitucionais, há os que defendam a missão democrática da jurisdição constitucional, na medida em que será mais fácil para os cidadãos acioná-la contra leis que lesionem seus direitos do que recorrer a outros remédios de eficácia duvidosa, para inibir eventuais excessos legislativos. Mauro Cappelletti assim leciona:

“Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o “sentimento de participação”. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica “*quad substantiam*” da jurisdição [...] desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhe ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos de atividade pública”<sup>116</sup>.

De outra parte, a própria organização desses tribunais extraordinários – e.g. na Alemanha, Itália, França, Espanha e Portugal – demonstra que os instituidores da jurisdição constitucional deliberadamente a conceberam como “instância de avaliação *jurídico-política* da atividade legislativa, sem que essa opção implicasse quer a politização da justiça, quer a judicialização da política”<sup>117</sup>.

Esse quadro, em que os dissídios de interpretação constitucional assumem inevitável conotação política, não é diferente entre nós, nem outra a posição do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, desde a promulgação da Carta de 1988, milhares de ações de inconstitucionalidade já deram entrada no STF. Mesmo que, na maioria das vezes, essas ações se mostrem infrutíferas, até porque não é usual produzirem-se leis inconstitucionais, a simples possibilidade de um *segundo turno* de discussão e votação, fora da arena política, já impele o governo e sua base parlamentar a negociar com os setores minoritários da sociedade, cujos direitos não podem ignorar sob uma errada compreensão do princípio majoritário.

<sup>115</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 131.

<sup>116</sup> CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, p. 92 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 133/134.

<sup>117</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 134.

Todavia, não é apenas sob esse ângulo que a jurisdição constitucional tem-se mostrado importante, talvez até indispensável para o aprimoramento do Estado de Direito e das suas instituições democráticas. Igualmente significativa é a sua dimensão positiva, consubstanciada na possibilidade de vir a ser provocada para que se declare – também com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante – a validade de normas do mais amplo alcance político, econômico e social, cuja legitimidade constitucional, uma vez posta em dúvida, deve ser prontamente apreciada, sob pena de graves prejuízos para toda a sociedade<sup>118</sup>.

### **3.2 A criação judicial do Direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos Poderes**

Ainda sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito e do princípio constitucional da separação dos Poderes, afiguram-se de primordial relevância, como se viu, as discussões acerca da legitimidade dos métodos que a jurisdição constitucional utiliza na tarefa de concretizar a Constituição.

Aplicado ao pé da letra nos domínios da hermenêutica jurídica, o cânone da autonomia do objeto impediria que os aplicadores do direito atribuíssem às normas sentido estranho, alheio ou diverso do que nelas se contém, sob pena de estarem criando, ainda que por via interpretativa, preceitos outros, distintos daqueles que deveriam simplesmente *interpretar*<sup>119</sup>.

Uma vez que essa criativa postura hermenêutica implicaria eliminar o dualismo sujeito/objeto, não se afigura excessivo afirmarmos – pelo menos de um ponto de vista estritamente epistemológico – que a norma criada pelo aplicador do direito *substituiria* a que fora objeto da interpretação, e o juiz que a editasse *mataria* o legislador<sup>120</sup>, a pretexto de *interpretar* a lei.

Numa perspectiva jurídico-política, essa mesma criatividade constituiria ofensa ao princípio da separação dos Poderes, segundo o qual, no Estado de Direito, a *criação* da lei é atividade própria dos órgãos de representação política, a tanto legitimados em eleições livres e periódicas.

---

<sup>118</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 134.

<sup>119</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 86.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

Desrespeitada, dessa forma, a separação dos Poderes, cujas funções se distinguem precisamente em face da lei, ter-se-ia por comprometida a legitimidade de qualquer sistema político, pelo menos segundo os padrões da célebre *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, segundo a qual não teria Constituição a sociedade na qual não estivesse assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos Poderes. Exaltando esse princípio – uma *forma* que se tornou *substância* do Estado de Direito – Montesquieu chegou a dizer que não existiria liberdade política onde se misturassem as funções próprias de cada órgão da soberania estatal<sup>121</sup>.

A propósito e de outras indagações sobre o tema, ponderam Ferreira Mendes, Mártires Coelho e Gonet Branco que algumas colocações básicas poderiam contribuir para racionalizar o debate, ou pelo menos reduzir-lhe a emotividade<sup>122</sup>.

Primeiramente, sugerem eles uma *despolitização* da polêmica, rejeitando-se, nessa direção, a postura *fundamentalista* daqueles que não aceitam sequer discutir o assunto, imbuídos da crença de que o ativismo judicial é de todo incompatível com o regime democrático<sup>123</sup>.

Sustentam que essa tese, de consistência aparente, poderia ser refutada ao argumento de que os juízes, embora não possuam legitimidade de *origem* para produzir normas jurídicas, de certa maneira têm-na *adquirida* com a aprovação social do seu comportamento<sup>124</sup>; ou, ainda, argumentando-se que sem a participação vivificadora de seus intérpretes/aplicadores as leis permaneceriam textos frios e inacabados<sup>125</sup>.

Aceito esse ponto de partida, é possível discutir com serenidade o problema da criação judicial do direito, entre outras, à luz das seguintes proposições, pertinentemente colocadas por aqueles autores:

“- aquilo a que chamamos conhecimento é o fenômeno que consiste na apreensão do objeto pelo sujeito, não do objeto propriamente dito, *em si e por si* – porque este transcende, necessariamente, o sujeito – mas apenas do objeto enquanto *objeto do conhecimento*;

- [...]

<sup>121</sup> MONTESQUIEU, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 166.

<sup>122</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 86.

<sup>123</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87.

<sup>124</sup> SANCHÍS, Luis Pietro. *Ideologia e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 117 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 87.

<sup>125</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 87.

- a criatividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o intérprete/aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que ele deve desenvolver racionalmente;
- a interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha – *naturalmente* – no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque, supostamente, estaria situado *à margem da lei*;
- toda compreensão se dá a partir da *pré-compreensão* do intérprete, que funciona como condição de possibilidade para o surgimento e desenvolvimento da compreensão;
- [...]
- toda norma só vigora na interpretação que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito;
- legislador não é o autor material da lei, por virtude de cuja autoridade ela foi promulgada, mas aquele por cuja autoridade ela continua em vigor<sup>126</sup>;
- [...]
- a vontade do legislador não é um ato voluntário, completamente produzido no momento em que dá origem à lei, mas uma energia que a regenera de modo contínuo, como se estivesse a (re)produzi-la numa gestação infinita<sup>127</sup>;
- a interpretação jurídica não consiste em *pensar de novo* o que já foi pensado, mas em saber *pensar até ao fim* aquilo que já começou a ser pensado por outrem<sup>128</sup>;
- esse *fim*, entretanto, não existe de fato, porque toda norma, como objeto cultural, está sempre aberta a novas interpretações;
- o sentido jurídico, sendo *externo* às normas, em certa medida, embora não possa contrariar de todo o seu enunciado, exige a criatividade do intérprete para se revelar completamente;
- sem o trabalho de mediação e de concretização, que se impõe ao intérprete/aplicador, este não realiza o ideal de justiça, que consiste em dar a cada um *o que é seu*;
- [...]
- a consolidação do Estado de Direito, em cujo âmbito tem-se mostrado eficaz o sistema de freios e contrapesos, afigura-se como razão suficiente para que se aposente essa velha camisa-de-força<sup>129</sup>.

Adotada essa postura aberta, prosseguem os autores, impõe-se reconhecer que o paradigma da separação dos Poderes, pelo menos em sua configuração inicial, entrou em crise há muito tempo e que isso aconteceu, precisamente, “porque foi ultrapassada a conjuntura

<sup>126</sup> HOBBS, Thomas. *Léviathan*. Paris: Sirey, 1971, p. 283-284 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 88.

<sup>127</sup> RADBRUCH, Gustavo. *Filosofia do direito*. v. 1, p. 275 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

<sup>129</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 87/89.



jurídico-política em que viveram Locke e Montesquieu, os seus mais conhecidos formuladores”<sup>130</sup>.

Superada essa fase da sua evolução histórica, cumpre repensar o paradigma da separação dos Poderes em perspectiva temporalmente adequada, porque “a sua sobrevivência, como princípio, dependerá da sua adequação, como prática, às exigências da *sociedade aberta* dos formuladores, intérpretes e realizadores da Constituição”.

Assim concluem Ferreira Mendes, Mártires Coelho e Gonet Branco<sup>131</sup> essas reflexões sobre os contornos do moderno Estado constitucional e suas repercussões sobre a dogmática da separação dos Poderes e o papel do Judiciário e das Cortes Constitucionais na realização do direito:

“Noutras palavras, impõe-se *re-interpretar* esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado *constitucional*, que sem deixar de ser *liberal*, tornou-se igualmente *social* e *democrático*, e isso não apenas pela ação dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação *política* do Poder Judiciário, sobretudo das modernas Cortes Constitucionais, crescentemente comprometidas com o *alargamento* da cidadania e a *realização* dos direitos fundamentais”<sup>132</sup>.

Em razão da variedade de meios hermenêuticos<sup>133</sup> e do modo, até certo ponto desordenado, como eles são utilizados pelos seus operadores, o primeiro e grande problema com que se defrontam intérpretes e aplicadores da Constituição parece residir, de um lado, e paradoxalmente, na riqueza desse repertório de possibilidades e, de outro, na inexistência de critérios que possam validar a escolha dos seus instrumentos de trabalho, ou resolver os eventuais conflitos entre tais instrumentos. Isso tudo parece indicar a necessidade de

<sup>130</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 89.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 89.

<sup>132</sup> Cf. entre outros, CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 339-354; BURDEAU, Georges. O poder executivo na França. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Coleção Estudos Sociais e Políticos, nº 19, Belo Horizonte, 1961; PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989. CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1993; SOUSA E BRITO, J. et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998; COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997; HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, tradução MENDES, Gilmar Ferreira, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997.

<sup>133</sup> A respeito dos métodos empregados na interpretação da Constituição, ver MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90/114 e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1174/1177.

complementações e restrições recíprocas, de um ir e vir ou balançar de olhos entre objeto e método, tendo como eixo o valor *justiça*, em permanente configuração<sup>134</sup>.

Gustavo Zagrebelsky defende não existir na literatura ou na doutrina sobre a interpretação da Constituição teoria que nos esclareça se é possível adotar um “método previamente estabelecido ou uma ordem metodológica concreta”, e que tal lacuna indicaria, de certo modo, não ser importante examinar a interpretação da Constituição por intermédio de seus métodos.<sup>135</sup>

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco advertem que a ausência de uma teoria que organize e oriente a escolha dos métodos interpretativos da Constituição faz com que os intérpretes/aplicadores acabem por escolher esses instrumentos “ao sabor de sentimentos e intuições”, sem critérios de racionalidade precisos.<sup>136</sup>

É possível prever a que resultados, minimamente controláveis, pode o intérprete chegar partindo de cada um desses métodos?

Assim, indagam aqueles autores se é possível aplicar o princípio da proporcionalidade com um mínimo de segurança, considerando-se que essa ferramenta interpretativa parece fornecer, para qualquer problema, enunciados “a gosto do freguês”.<sup>137</sup>

Em que pesem essas incertezas, prevalecem hoje as opiniões que enaltecem as virtudes instrumentais do princípio, enfatizando que a complexidade do trabalho de interpretação da Constituição – e sobretudo da interpretação constitucional – todo pluralismo é saudável; não se constitui em obstáculo, antes colabora para o conhecimento da verdade e, *racionalmente* aproveitado, em vez de embaraçar os operadores da verdade, acaba ampliando o seu horizonte de compreensão e facilitando-lhes a tarefa de aplicar o direito<sup>138</sup>. Nessa perspectiva, como observam Ferreira Mendes, Mártires Coelho e Gonet Branco, não passa de romantismo a ideia de um simplificador “retorno a Savigny”, cujos *elementos* ou *métodos* de interpretação,

<sup>134</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 91.

<sup>135</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución*, in *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 171 apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 91.

<sup>136</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>138</sup> Ibidem.

certamente, seriam insuficientes para *decifrar* uma realidade jurídica que se vai tornando cada vez mais complexa<sup>139</sup>.

Por tudo isso, parece forçoso reconhecer, sem constrangimentos lógicos, que “a serviço do direito tanto os fins parecem justificar os meios, quanto os meios justificar os fins”, embora ninguém possa afirmar qual deles deva ter precedência, nem tampouco como são manipulados pelos sujeitos da interpretação<sup>140</sup>.

Assim, pode-se dizer, a título de conclusão pontual, que o estudo teórico ou metodológico dos princípios e ferramentas hermenêuticas modernamente utilizados na tarefa de interpretação constitucional e/ou no âmbito do controle de constitucionalidade – dentre eles o princípio da proporcionalidade – revela pouco ou quase nada do alcance, praticamente ilimitado, de que se revestem para enfrentar os desafios que, a todo instante, são lançados aos aplicadores da Constituição por uma realidade em permanente transformação. Daí a necessidade, de resto comum a todos os instrumentos hermenêuticos, de que eles sejam manejados à luz de casos concretos, naquele interminável *balançar de olhos* entre objeto e método, realidade e norma, para recíproco esclarecimento, aproximação e explicitação<sup>141</sup>. Pois, como pondera Karl Larenz, “só na sua aplicação aos casos ocorrentes, e na concretização que assim necessariamente se processa, é que se revela todo o seu conteúdo significativo e eles cumprem a função de regular situações da vida.”<sup>142</sup>

Ao mesmo tempo, como assinala Larenz:

“esses parâmetros, em razão do seu próprio manejo, se ampliam a cada utilização, porque é precisamente no processo de concretização mediante julgamento de casos que as pautas hermenêuticas densificam o seu conteúdo e expandem a sua abrangência, tornando-se aptas a resolver novos problemas.”<sup>143</sup>

Noutros termos, pode-se afirmar que esses instrumentos hermenêuticos se reconstruem e “regeneram a partir de si mesmos, pois a cada situação resolvida amplia-se o seu âmbito de incidência, servindo o último caso resolvido de precedente e ponto de partida para enfrentar

<sup>139</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 92.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

<sup>141</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: [s.n.], 1989, p. 323 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 114.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 114.

novos desafios” e situações, o que confirma a afirmação de Oliver Holmes de que a vida do Direito não tem sido lógica e sim experiência.<sup>144</sup>

Com essas considerações, que servem de advertência sobre as dificuldades da interpretação constitucional e esclarecem acerca da relevância das novas ferramentas hermenêuticas na difícil tarefa de interpretação constitucional, passar-se-á ao exame específico do princípio da proporcionalidade e de sua utilização como regra de interpretação e instrumento aplicável na jurisdição constitucional e no controle de constitucionalidade das leis.

### 3.3 O princípio da proporcionalidade e a interpretação constitucional

Quando se trata de defender uma posição acerca da validade de um princípio ou ferramenta hermenêutica, impõe-se, no entanto, a questão dos *limites da interpretação*, o qual, como adverte Gilmar Mendes, não é um problema próprio da hermenêutica jurídica, nem muito menos da interpretação especificamente constitucional, antes se colocando em todos os domínios da comunicação humana<sup>145</sup>.

No âmbito jurídico, em geral, a ideia de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e/ou racionalizar a interpretação deriva, imediatamente, dos princípios da *certeza* e da *segurança jurídica*, que estariam comprometidos se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do comum sentimento de justiça<sup>146</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco ponderam que, no âmbito das Cortes Constitucionais e em sede do controle de constitucionalidade, tal problemática desenvolve-se, predominantemente, a partir da ideia de que “os tribunais devem comportar-se como legisladores negativos, anulando as leis contrárias à Constituição, quando for o caso, e jamais como produtores de normas, ainda que essa produção se faça por via interpretativa.”<sup>147</sup>

<sup>144</sup> HOLMES, Oliver Wendell. *O direito comum*, Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 29 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 115.

<sup>145</sup> Sobre os limites da interpretação textual, ver ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1995 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115.

<sup>146</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 115.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 113.

A problemática das decisões judiciais nas quais o magistrado atue como legislador *positivo*, criando um *direito judicial*, desenvolve-se, principalmente, no âmbito do princípio da *interpretação conforme a Constituição*, via da qual, a pretexto de *otimizar* a Constituição, as Cortes Constitucionais vêm proferindo decisões de nítido caráter legislativo, o que lhes têm custado críticas acerbas.

A discussão resvala, contudo, para o âmbito de aplicação de outros princípios constitucionais, dentre eles o princípio da proporcionalidade.

Para a compreensão do tema, faz-se necessário o reconhecimento de que o constitucionalismo, tal como concebido nos dias atuais, traz, consigo, traços distintivos e expressivos que traduzem e sintetizam uma verdadeira mudança de paradigmas ou, se preferirmos, uma autêntica subversão dos esquemas de pensamento do constitucionalismo tradicional, tal como ele surgiu e se desenvolveu desde o final do século XVII, até praticamente todo o século XX<sup>148</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco assim sintetizam essa nova perspectiva:

“Sob o novo constitucionalismo, que tem por característica primordial a *prevalência da Constituição*, a Carta Política, que outrora era um simples catálogo de competências e de fórmulas exortativas que não vinculavam o legislador, assume, agora, a função de norma suprema e de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, compondo um conjunto de regras e de princípios dotados de força normativa própria e imediatamente eficaz, rebaixando-se a lei, antes soberana, à condição de ato infraconstitucional, sujeito a controle de legitimidade, formal e material, precisamente em face dessa nova Constituição. Esse controle, por outro lado, é confiado a todos os agentes oficiais da interpretação/aplicação da Lei Maior, desde os órgãos de jurisdição ordinária até as cortes constitucionais”<sup>149</sup>.

Sem a pretensão de explorar profundamente este tópico, cumpre advertir, tendo em vista os objetivos deste trabalho, que os novos contornos da jurisdição constitucional – a sinalizar para o reconhecimento dos julgadores como legítimos criadores do direito, e não como simples reveladores de uma suposta e indefinível vontade da lei ou legislador, que, enquanto tais, não resolveriam os problemas suscitados pela convivência humana<sup>150</sup> –

<sup>148</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 120.

<sup>149</sup> *Ibidem*.

<sup>150</sup> *Ibidem*.

constituem um imperativo desse novo constitucionalismo, o qual é substancialmente distinto de todas as experiências constitucionais precedentes.

No que interessa aos chamados princípios da interpretação constitucional – dentre eles o princípio da proporcionalidade –, releva mencionar algumas características ou notas distintivas desse novo constitucionalismo. A primeira delas é a existência de *mais princípios do que regras*, pelo que temos diante de nós a constatação de que hoje, reconhecida a não-correspondência entre texto e norma, os preceitos tidos como genuinamente constitucionais apresentam-se sob a forma de enunciados abertos e, por isso, portadores de múltiplos significados, a serem revelados/atribuídos por seus intérpretes/aplicadores em cada situação hermenêutica. Nesse sentido, todo princípio – em verdade todo enunciado jurídico – é plurinormativo, porque dele podemos extrair mais de uma norma, como atestam as constantes mutações normativas e as viragens da jurisprudência<sup>151</sup>.

Intimamente ligada a essa característica, em rigor apenas uma consequência do que nela se contém, outra nota distintiva do neoconstitucionalismo é a ocorrência de *mais ponderação do que subsunção*, a qual traduz a singularidade da chamada interpretação especificamente constitucional, enquanto hermenêutica de princípios, em cujo âmbito não podemos tornar operativas – pelo menos não imediatamente –, essas espécies de normas valendo-nos da técnica da subsunção, pelo simples fato de que tal instrumento só tem aplicação a preceitos cujas hipóteses de incidência e suas consequências jurídicas vêm previamente determinadas pelo legislador, conforme o clássico enunciado *se A, então B*, em que o elemento *A* representa o suposto de fato cuja ocorrência, no mundo real, tem como consequência a atualização do elemento *B*, no mundo do direito<sup>152</sup>.

Como no âmbito dos princípios jurídicos – enquanto pautas axiológicas abertas e indeterminadas –, esses elementos não são estabelecidos, desde logo, pelo legislador, até porque traduzem apenas razões para que se decida num ou noutro sentido, o modo de aplicá-los exige que os intérpretes/aplicadores avaliem essas razões, optando, afinal, pela solução que se lhes mostre *correta e justa*, à luz do caso concreto. Por isso é que se diz que, num

---

<sup>151</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121.

<sup>152</sup> *Ibidem*.

conflito entre princípios constitucionais, funciona como hipótese de incidência o próprio caso sob apreciação e, como consequência jurídica, o princípio que vier a prevalecer<sup>153</sup>.

Outra característica do novo constitucionalismo diz respeito à ocorrência de *mais concretização do que interpretação*, sendo necessário, para bem compreendê-la, ter presente, mais uma vez, a distinção entre regras e princípios, as primeiras a demandarem a descoberta do seu sentido, seja ele o que foi idealizado subjetivamente pelo legislador empírico, seja o que, independentemente da sua vontade ou mesmo à sua revelia, veio a se fixar objetivamente no texto e, como tal, há de ser levado em conta pelos intérpretes/aplicadores; os segundos, os princípios jurídicos, cuja abertura semântica implica, desde logo, admitirmos que possuem múltiplos significados, a serem escolhidos pelos seus operadores à luz das peculiaridades dos casos, em cada situação hermenêutica. Enquanto a interpretação é uma indagação sobre o conteúdo e o sentido de algo *precedente* – sendo, sob esse aspecto, suficiente para se manejarem as regras de direito – a *concretização* é o preenchimento criativo e uma pauta que se volta para o *futuro* – daí a necessidade de sua utilização para operar com os princípios jurídicos –, possibilitando aos intérpretes/aplicadores adotar a solução que, nas circunstâncias do caso, realize a justiça como objetivo último da ideia de direito<sup>154</sup>.

De tudo quanto foi exposto, parece plenamente justificada a assertiva de Rubio Llorente de que, atualmente, a doutrina da interpretação é o núcleo essencial da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, assim como da Teoria do Estado e, de certa forma, até mesmo da própria Teoria do Direito, na medida em que podem ser causa ou consequência da interpretação constitucional<sup>155</sup>.

No que interessa a este trabalho, cumpre afirmar, então, que a problemática atinente aos limites da interpretação constitucional reveste-se da maior importância sob o prisma do novo constitucionalismo com que nos deparamos nos dias atuais, precisamente porque as características desse novo modelo demandam e até impõem, aos intérpretes/aplicadores do direito constitucional, novas abordagens e, por que não dizer, uma nova postura hermenêutica, mais aberta e evolutiva, propiciando, decerto, questionamentos e perplexidades no tocante ao

---

<sup>153</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121.

<sup>154</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121/122.

<sup>155</sup> LLORENTE, Francisco Rubio. *Prólogo* à obra *La Interpretación dela Constitución*. Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1984, p. XVII *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 122.

papel do Judiciário na concretização do direito, sobretudo quando propiciem ao intérprete/aplicador usurpar tarefas legislativas e transformar-se em legislador *positivo*.

Diante desse quadro, não soa descabida a advertência, assinalada por Ferreira Mendes, Mártires Coelho e Gonet Branco, de que, com essa revolução hermenêutica, podemos estar caminhando, a exemplo de alguns países centrais, para uma onipotência judicial, ou, se preferirmos, para um novo *governo dos juizes*, em que as grandes decisões políticas vão se deslocando do âmbito do Legislativo e do Executivo para o do Poder Judiciário.<sup>156</sup>

De outra parte, o reconhecimento desse novo modelo e dos rumos pelos quais avança a jurisdição constitucional, se, de um lado, serve como importante advertência, nos moldes acima observados, permite-nos refletir, de outro, que os chamados *princípios* da interpretação constitucional – dentre eles o princípio da proporcionalidade – não podem ser demitidos, *prima facie*, como instrumentos hermenêuticos aplicáveis ao direito, em geral, e à jurisdição constitucional, apenas porque permitem valorações subjacentes, influenciadas por sentimentos e ideias de conteúdo político (pré-decisões), ou porque a argumentação racional de que se utilizam não possui caráter normativo nem pode ser enquadrada nos métodos rotineiros da tarefa hermenêutica.

Como se viu, essas características não são exclusivas desses princípios e, por outro lado, consubstanciam uma exigência do constitucionalismo moderno, cujas feições principiais e multiplicidade de valores, norteadores de toda a ordem jurídica, estão a demandar do intérprete/aplicador do direito uma tarefa hermenêutica cada vez mais complexa, e o recurso a cânones interpretativos diversos e eventualmente concorrentes, a serem utilizados num *jogo concertado* de restrições e complementações recíprocas.

Interessa notar, entretanto – e esta é uma reflexão de fundamental importância para as conclusões deste trabalho – que, em razão da própria natureza da Constituição, os métodos de interpretação constitucional – sejam eles mais ou menos objetivos, transparentes e científicos –, não prescindem de certo conteúdo político, que se irradia e é frequentemente percebido nas decisões dos tribunais. Como afirma Canotilho<sup>157</sup>, sob o *ponto de vista teórico-político*, a interpretação constitucional deve ter em conta a especificidade resultante do fato de a Constituição ser um estatuto jurídico-político. Assim, já se disse que a influência dos valores

---

<sup>156</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 119.

<sup>157</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1171.



políticos legítima, na tarefa da interpretação, o recurso aos “princípios políticos constitucionalmente estruturantes”, ou aos “princípios ou valores positivados, integrados no conteúdo da norma constitucional a interpretar” (não sendo legítima, assim, a invocação de “valores políticos” baseada no fato de eles corresponderem às diretivas das forças hegemônicas ou das forças que detêm o poder em determinado momento)<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1171.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisou-se neste trabalho a aplicação do princípio da proporcionalidade como ferramenta hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Foram estudados os seus fundamentos, o relevo de sua utilização, os seus elementos, as hipóteses mais comuns de sua aplicação, principalmente no que tange aos direitos fundamentais. Foram analisadas diversas decisões e suas dissidências, no âmbito da Suprema Corte, a respeito da possibilidade de aplicação do princípio no exame de constitucionalidade das leis. E, do mesmo modo, a circunstância de que a utilização do postulado propicia, frequentemente, soluções díspares ou opostas entre seus aplicadores. A carga de subjetividade das decisões amparadas na máxima da proporcionalidade é fato inegável, porquanto ao recorrer a esse método, o julgador lhe transfere todo o aparato de suas próprias condicionantes psicológicas, sociais, políticas, filosóficas etc.

A possibilidade de que o magistrado ou tribunal, venha a substituir-se numa decisão político-legislativa do legislador representa, de fato, um risco que a utilização do princípio propicia – e que o tornaria perigoso caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar, com base em cânones interpretativos dele extraídos, atos legislativos legítimos.

Todavia, esse risco, que não se desenvolve num contexto de liberdade irrestrita – porquanto o comportamento do Tribunal se submete, ultimamente, ao controle dos cidadãos e da sociedade à qual a sua jurisdição se destina – deve ser ponderado e cotejado com os benefícios que, por outro lado, se colhem da utilização do princípio, com a qual se pretende, em última análise, coibir e impedir, por intermédio do controle jurisdicional das leis, a atividade legislativa arbitrária, desproporcional, desarrazoada ou caprichosa.

Nesse sentido, quer parecer que a obediência ao princípio da proporcionalidade seja uma imposição que se extraia do texto da Carta Política como um todo, ou de alguns de seus princípios mais expressivos, como os da igualdade, da justiça e da dignidade humana, sem mencionar a cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIX), que serve de substrato material ao postulado.

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha estabelecido expressamente a ideia de um núcleo essencial dos direitos fundamentais, tal princípio decorre do modelo garantístico adotado pelo constituinte, de modo que a não-admissão de limites ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental.

Se a Constituição impõe, pelo conjunto de suas regras e princípios, um limite de conformação para a atividade legislativa, sempre que o legislador ordinário a ultrapasse a sociedade se terá por lesionada, ainda que não se extraia da norma ou comportamento lesão a um dispositivo específico do texto constitucional.

Releva salientar, nesse ponto, que o princípio da proporcionalidade não autoriza que o magistrado faça prevalecer a sua decisão, por considerá-la *mais* razoável, sobre a decisão político-legislativa do legislador. Não se trata disso. Trata-se, em verdade, de expurgar as normas ou medidas que, à luz de juízos de ponderação e de testes de razoabilidade *média* pré-ordenados, iluminados pelas normas e princípios da Constituição em vigor, se apresentem manifestamente ilegítimas. Os fundamentos e elementos do postulado – *necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito*, além da própria razoabilidade – prestam-se, precisamente, para conferir critérios lógicos à aferição, cujos contornos subjetivos e valorações subjacentes são comuns, no final das contas, a todos os métodos de argumentação racional.

Assim, quer parecer que o magistrado, recorrendo a motivações baseadas na proporcionalidade, não se coloque em posição de se substituir livremente ao legislador no juízo político acerca da *utilidade* de uma dada norma. Seu papel tem sido, ao contrário, o de presumir a legitimidade das decisões legislativas, sobretudo nos casos de reserva legal constitucional explícita, o que não impede seus representantes de insurgir-se contra aquelas que considerem desarrazoadas, arbitrárias ou excessivas.

A partir dessas considerações, outra conclusão a que se chega, neste trabalho, a partir do exame dos precedentes jurisprudenciais antes colacionados, é de que o princípio da proporcionalidade, enquanto método de ponderação de valores, tem sido usado pelo Supremo Tribunal Federal com observância dos pressupostos metodológicos assinalados pela doutrina – e em especial por Canotilho.

Não se observa, nesses precedentes, esquemas de prevalência acerca dos bens e valores confrontados, senão um exercício de ponderação ordenado, à luz das peculiaridades de cada caso específico examinado. Ou seja, a regra de prevalência adotada não surge sem alguma motivação, a partir de um pensar problemático e de um balançar de olhos entre norma e realidade.

Como se verifica da jurisprudência examinada neste trabalho, a subjetividade que caracteriza a tarefa argumentativa baseada no postulado da proporcionalidade permite antever a sua fragilidade como método hermenêutico dotado de cientificidade.

De fato, as razões envolvidas nas decisões baseadas nesse princípio não prescindem das valorações subjetivas de seus intérpretes. Essas mesmas influências, contudo, não podem ser desprezadas quando se trate de outros métodos hermenêuticos utilizados no exame de constitucionalidade das normas, pois o emprego de metodologias racionais não torna o intérprete, como ser social que é, indiferente a elas.

Assim, não se pode afirmar que o princípio da proporcionalidade não deva ser utilizado como critério de interpretação de normas porque o intérprete, ao aplicá-lo, se sujeita a fatores outros que não os do próprio Direito. O intérprete não pode compreender uma dada norma sem colocá-la no tempo ou integrá-la na realidade pública, o que implica, necessariamente, uma mediação metódica entre o sujeito concretizador e a realidade.

Assim, respondendo à hipótese levantada no início deste trabalho chega-se à conclusão de que a carga subjetiva da técnica de decisão baseada no princípio da proporcionalidade não lhe retira a legitimidade como método de aferição de constitucionalidade e, tampouco, favorece o arbítrio do Judiciário em relação ao Legislativo. Como se viu nas decisões analisadas, toda atividade hermenêutica é um procedimento historicamente situado e influenciado por forças sociais e ideias; assim, a concretização de qualquer norma – sobretudo de uma norma constitucional – não se pode pretender imune a um conteúdo mínimo de “valoração” subjetiva de seu intérprete/aplicador.

Há de se ponderar, contudo, que a validade desse modelo não prescinde de alguns pressupostos e limites, como bem assinalado pela doutrina, porquanto não pode o magistrado utilizá-lo para demitir, caprichosamente, decisões políticas legitimamente adotadas pelo legislador – pelo simples fato de discordar, pessoalmente, de sua utilidade ou adequação. A legitimidade das decisões político-legislativas há de ser a regra acobertada por uma presunção geral, e a ilegitimidade, uma exceção a exigir fundamentação racional e objetiva – ainda quando se utilizem elementos de argumentação subjetiva.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtstheorie*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1998 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. *Lei nº 9.536, de 11 de dezembro de 1997*. Regulamenta o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 dez. 1997, p. 29510.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9*. Requerente: Presidente da República. Advogado: Advogado-Geral da União. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 13 de dezembro de 2001. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 958*. Requerente: Partido de Reedificação da Ordem Nacional – Prona. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de maio de 1994. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.040-9*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de novembro de 2004. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.324-7*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Advogado: Advogado-Geral da União. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2004. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.800*. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR. Advogado: Francisco João Andrade e Outro. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 11 de junho de 2007.

Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1407*. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PC do B. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 07 de março de 1996. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Habeas Corpus nº 71.373*. Paciente: José Antonio Gomes Pinheiro Machado. Impetrante: José Antonio Gomes Pinheiro Machado. Coator: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 22 de novembro de 1996. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Habeas Corpus nº 76.060*. Paciente: Arante José Monteiro Filho. Impetrante: Elisa Pimenta. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 15 de maio de 1998. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Habeas Corpus nº 78.426*. Paciente: Antônio Izzo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Pertence. Brasília, DF, 16 de março de 1999. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Inquérito nº 1.247*. Querelante: Valdemar Costa Neto. Advogado: Luiz Eduardo Sá Roriz e Outro. Querelado: Sergio Roberto Vieira da Motta. Advogados: Reginaldo Oscar de Castro e Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Relator: Ministro Marco Aurélio Brasília, DF, 15 de abril de 1998. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Recurso Extraordinário nº 153.531*. Recorrente: APANDE – Associação dos Amigos de Petrópolis Patrimônio Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e Outros. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 13 de março de 1998. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Representação nº 930*. Representante: Procuradoria-Geral da República. Representado: Presidente do Senado Federal. Relator Rodrigues Alckimin. Brasília, 05 de maio de 1976. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Constitucional. Representação nº 1.054*. Representante: Procurador-Geral da República. Representado: Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 04 de abril de 2004. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 16 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 18.331*. Recorrente: Marques & Viegas, Recorrido: Prefeitura Municipal de Santos. Relator Ministro Orozimbo Nonato. Rio de Janeiro, RJ, 10 de agosto de 1953. STF. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

BURDEAU, Georges. O poder executivo na França. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Coleção Estudos Sociais e Políticos, nº 19, Belo Horizonte, 1961.

*BverfGE*, 30:292 (316), 39:210 (230-1) *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPELLETTI, Mauro, O controle de constitucionalidade das leis – *Revista de Direito Processual Civil*, cit., p. 38 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, p. 92 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia, sociedade*. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 365/452 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. p. 157/164 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Interpretação constitucional*, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997.

ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1995 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 2. ed., Madrid: Trotta, 2001, p. 19 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 9 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

*Habeas Corpus* 45.232, Relator Themístocles Cavalcanti, *RTJ*, 44/322 (327/328) *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, tradução MENDES, Gilmar Ferreira, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Zeit um Verfassung*, in: *Probleme der Verfassungsinterpretation*, org: Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich, Nomos, Baden-Baden, 1976, p. 312/313 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 85.687/RS. Paciente: Eduardo da Rosa Silva. Impetrante: Eduardo da Rosa Silva. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 17 de maio de 2005. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 18 out. 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977.

HAMILTON, Alexander. Os juízes como guardiães da Constituição, in *O Federalista*. Brasília UnB, 1984.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Tradução alemã por Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998.



\_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Tradução alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998, p. 420/421 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

HOBBS, Thomas. *Léviathan*. Paris: Sirey, 1971, p. 283-284 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

HOLMES, Oliver Wendell. *O direito comum*, Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 29 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: [s.n.], 1989; *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1993, p. 144-145 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Metodologia*. cit. ed. de 1999, p. 250 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LLORENTE, Francisco Rubio. *Prólogo à obra La Interpretación dela Constitución*. Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1984, p. XVII *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

M. HOCHHUTH, *Relativitätstheories des Öffentlichen Rechts*, 2000, p.88 e s. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, art. 20, III, n. 72 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES; Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

MONTESQUIEU, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MORAIS, Germana Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989.

PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht*, 21 ed. Heidelberg [s.n.], 2005 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. Revisão Técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANCHÍS, Luis Pietro. *Ideologia e interpretação jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 117 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHILINK, Bernhard. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 447 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHNEIDER, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in Starck, *Bundesverfassungsgericht*, cit., vol. 2, p. 390 - 391, HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrecht*, p. 28, 142 e s. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Berlin: Kontad-Adenauer Stiftung, 2005. p. 834-835 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.800*. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR. Advogado: Francisco João Andrade e Outro. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 11 de junho de 2007. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

SOUSA E BRITO, J. et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón, 3. ed. Madri: Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. *La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución, in División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 171 apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.