

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



**A PONDERAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISE:
UMA ANÁLISE DA CRISE PORTUGUESA E BRASILEIRA**

RAFAEL PRATES CASTRO

**Mestrado em Direito e Ciência Jurídica
Direito Constitucional**

**Lisboa
2019**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



**A PONDERAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISE:
UMA ANÁLISE DA CRISE PORTUGUESA E BRASILEIRA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica: Direito Constitucional, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Professor Doutor Luís Pereira Coutinho

RAFAEL PRATES CASTRO

**Lisboa
2019**

Aos meus pais, Suely e Paulo Sergio, aos meus irmãos, Rodrigo e Paulo Vitor e à minha namorada, Máira, dedico este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Paulo Sergio e Suely, meus irmãos, Rodrigo e Paulo Vitor, sempre presentes. Obrigado pelo apoio, companhia, pelas palavras de conforto, pelo amor e pela amizade.

À minha namorada e amiga, Maíra, que com seu amor, carinho, apoio e compreensão deu-me forças para seguir em frente nesta caminhada.

Ao meu orientador, Professor Doutor Luíz Pereira Coutinho, pela orientação exímia que em muito contribuiu para este trabalho.

Ao Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza por todo o apoio, incentivo e dedicação a mim dispensados no início deste percurso.

Ao Pe. Martinho (*in memoriam*), ao Pe. Aires, ao Pe. Albino, a todos da Sociedade Missionários da Boa Nova e à minha tia Adair e meu tio “Nininho” que me abriram esta porta de carinho e acolhida.

Aos meus amigos, Bruno Cesar de Caires, companheiro de mestrado, e Blanca de Albuquerque Brito Lima, que me acompanham em todos os meus passos.

Aos meus amigos, colegas de mestrado, companheiros de boas conversas, de discussões acadêmicas e de biblioteca, Luiz Neto, Guilherme Pratti e Pedro Léo.

Ao meu amigo Fabrício Fonseca Costa, professor e historiador, pelo diálogo e pelas indicações de livros sobre o contexto histórico brasileiro.

A todos os meus familiares e amigos, ainda que não mencionados nominalmente, mas que de alguma forma contribuíram neste intento.

Muito obrigado!

“a gente quer passar um rio a nado, e passa; mas vai dar na outra banda é num ponto muito mais em baixo, bem diverso do em que primeiro se pensou. Viver nem não é muito perigoso?”

João Guimarães Rosa – Grande Sertão: Veredas

RESUMO

A Constituição brasileira de 1988, formada em um momento revolucionário de grandes aspirações democráticas, trouxe em seu texto um amplo rol de direitos sociais. As promessas eram muitas. No entanto, o que vemos atualmente é uma nova crise econômica e política a colocar em dúvida a possibilidade de realização desses direitos. O desequilíbrio econômico aumenta a escassez e pressiona governos de âmbito local e federal à adoção de medidas de austeridade que imponham sacrifícios sociais. Diante deste cenário é que se questiona a legitimidade destas medidas e o papel que juízes constitucionais assumem perante Governo e sociedade. Assim, através de estudo da doutrina jurídica e da jurisprudência de Brasil e de Portugal, a regra da ponderação é apresentada como um instrumento a serviço dos juízes que enfrentam a difícil tarefa de julgar interesses econômicos e sociais em tempos de crise.

Palavras-chave: Ponderação. Direitos Sociais. Jurisprudência. Crise.

ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988, formed in a revolutionary moment of great democratic aspirations, brought in its text a wide roll of social rights. The promises were many. However, what we are seeing today is a new economic and political crisis that calls into question the possibility of realizing these rights. The economic imbalance increases scarcity and puts pressure on local and federal governments to adopt austerity measures that impose social sacrifices. In this scenario the legitimacy of these measures and the role that constitutional judges assume before Government and society is put into question. Thus, through the study of legal doctrine and of the jurisprudence of Brazil and Portugal, the rule of balancing is presented as an instrument in the service of judges that face the difficult task of judging economic and social interests in times of crisis.

Keywords: Balancing. Social Rights. Jurisprudence. Crisis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I – TEORIA CONSTITUCIONAL	13
1 – REGRAS E PRINCÍPIOS	14
1.1 – ALGUMAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS	14
1.2 – REGRAS E PRINCÍPIOS EM DWORKIN E EM ALEXY.....	17
1.2.1 – RONALD DWORKIN.....	17
1.2.2 – ROBERT ALEXY	19
1.3 – CONCEITOS ADOTADOS: REGRAS E PRINCÍPIOS.....	21
1.4 – CONFLITOS NORMATIVOS	22
1.4.1 – CONFLITO ENTRE REGRAS.....	23
1.4.2 – COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS	24
1.4.2.1 – <i>Da impossibilidade de se ponderar regras</i>	26
1.4.3 – COLISÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS	29
2 – A PONDERAÇÃO	35
2.1 – A PONDERAÇÃO EM DWORKIN	36
2.2 – A PONDERAÇÃO EM ALEXY	39
2.2.1 – REGRA, MÁXIMA, PRINCÍPIO OU POSTULADO? UMA DISTINÇÃO IMPORTANTE	41
2.2.2 – A ADEQUAÇÃO	43
2.2.3 – A NECESSIDADE.....	45
2.2.4 – A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO.....	46
2.2.4.1 – <i>A Lei de Colisão</i>	49
2.3 – A PONDERAÇÃO NO BRASIL.....	52
2.3.1 – O CASO ELLWANGER	52
2.3.2 – A PONDERAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: O ART. 489, §2º	58
2.3.2.1 – <i>A INCONSTITUCIONALIDADE DO §2º DO ART. 489 DO CPC BRASILEIRO</i>	62
2.4 – CRÍTICA À PONDERAÇÃO	66
2.4.1 – O ARGUMENTO DA DISCRICIONARIEDADE OU SUBJETIVIDADE DO JUIZ.....	66
2.4.2 – O ARGUMENTO DA ILEGITIMIDADE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	70
2.5 – DEFESA DA PONDERAÇÃO.....	74
2.5.1 – A RACIONALIDADE DA PONDERAÇÃO	75
2.5.2 – A DEMOCRATICIDADE DA PONDERAÇÃO.....	80
PARTE II – DIREITOS SOCIAIS.....	87
1 - DIREITOS SOCIAIS	88
1.1 – DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	88
1.2. A OBJEÇÃO À CONCEPÇÃO UNITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	91
1.3 – MÍNIMO EXISTENCIAL E SOCIAL.....	94
1.4 – RESERVA DO POSSÍVEL.....	101
1.3.1 – A CRÍTICA À APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	105
1.4 – PROIBIÇÃO DO RETROCESSO	107
1.5 – PONDERAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS.....	110

PARTE III – A CRISE E O DIREITO	113
1 - O CASO PORTUGUÊS	114
1.1 – HISTÓRICO DA CRISE	114
1.2 – OS TRÊS MOMENTOS DA JURISPRUDÊNCIA DA CRISE	115
1.2.1 - PRIMEIRO MOMENTO (2010/2011): ACÓRDÃO 396/2011	115
1.2.2 – SEGUNDO MOMENTO (2012): ANÁLISE DO AC. 353/2012	118
1.2.3 – TERCEIRO MOMENTO (2013/2014): ANÁLISE DO ACÓRDÃO 187/2013	121
1.3 – O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E A CRISE: CRÍTICOS E DEFENSORES	124
1.3.1 – A (IN)EXISTÊNCIA DE UM ESTADO DE EXCEÇÃO OU DE EMERGÊNCIA FINANCEIRA.....	125
1.3.2 – A (DES)NECESSIDADE DE UM DIREITO DE CRISE.....	129
2 – O CASO BRASILEIRO	137
2.1 – HISTÓRICO DA CRISE	137
2.2 – A JURISPRUDÊNCIA DO STF EM TEMPOS DE CRISE.....	142
2.2.1 – JUSTIÇA SALOMÔNICA.....	143
2.2.1.1 – <i>Incentivo ao legislador: Acórdão no RE 567.985/MT.....</i>	<i>144</i>
2.2.1.2 – <i>Em busca de uma solução negocial: Decisões na AO 1.773/DF.....</i>	<i>147</i>
2.2.2 – JUSTIÇA CRÍPTICA.....	150
2.2.2.1 – <i>Acórdão no RE 693.456/RJ.....</i>	<i>151</i>
2.2.2.2 – <i>Acórdão no RE 597.854/GO.....</i>	<i>154</i>
2.2.3 – JUSTIÇA PASSIVA	158
2.2.3.1 – <i>Controle de pauta e pedidos de vista.....</i>	<i>160</i>
2.2.3.2 – <i>Deferência ao legislador: o Acórdão no RE 661.256/DF.....</i>	<i>163</i>
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	167
REFERÊNCIAS	181

INTRODUÇÃO

O Brasil vive uma crise. Talvez, parafraseando o Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, estejamos sempre em crise¹. Se fizéssemos um recorte histórico da história republicana brasileira esta afirmação possivelmente se confirmaria. Revoltas, insurreições, revoluções, batalhas, guerras, golpes de Estado. Assassínatos de políticos, renúncias, suicídios e impeachments. Inflação, desemprego, miséria, desigualdade social, violência urbana e rural, confisco, injustiça fiscal, desabastecimento, greves.² Tudo isso ocorreu e, alguns, ainda ocorrem no Brasil. Tudo isso é o Brasil para além das praias, do futebol, do Carnaval e das festas em geral.

Em 2015, ano em que a ideia do tema desta dissertação começava a se formar, o Brasil teve um crescimento negativo de seu Produto Interno Bruto (PIB), queda de 3,8%; a inflação, que parecia controlada nos anos anteriores, chegou a 11% e a grande e propalada vitória dos governos do Partido dos Trabalhadores (PT) transformara-se em derrota com o retorno de 2,7 milhões à miséria e quase 3,6 milhões à pobreza.³ O ano de 2015 começara alguns anos antes e em 2019 ainda não se sabe quando acabará. Além dos pífios e alarmantes resultados econômicos, ainda se veria o *impeachment* da primeira mulher eleita presidente do Brasil por crimes de responsabilidade relacionados à violação da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e da Lei Orçamentária Anual (LOA).⁴

Em 2016 Michel Temer assume, em definitivo, o cargo de Presidente com a promessa de austeridade a ser alcançada por meio de reformas que trariam de volta o crescimento econômico e o emprego a mais de 11 milhões de desempregados. Ambicionava-se a aprovação de reformas trabalhista e da Previdência Social, além de uma contenção dos gastos públicos.⁵

¹ “Sempre estivemos em crise” frase dita pelo Min. Marco Aurélio durante julgamento do RE 565.089/SP (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 565.089/SP. Relator Min. Marco Aurélio. Em julgamento. Cit. por ANDRÉA MAGALHÃES. *Jurisprudência da crise: (...)* op. cit., p. 121).

² LILIA MORITZ SCHWARCZ; HELOISA MURGEL STARLING. *Brasil: uma biografia*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

³ Ver estatísticas do BANCO MUNDIAL em <https://data.worldbank.org/country/brazil>; Também ANDRÉ SINGER. *O Lulismo em crise: Um quebra cabeça do período Dilma (2011-2016)*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 12-13; MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE, *Como matar a borboleta azul: uma crônica da Era Dilma*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016, p. 233.

⁴ Ibid, p. 229-230.

⁵ BERNARDO MELLO FRANCO. *Mil dias de tormenta: a crise que derrubou Dilma e deixou Temer por um fio*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018, p. 141, 201

Tempos de austeridade. A preocupação com os direitos sociais, dependentes da alocação de recursos, se colocou. O art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil traz uma lista ambiciosa de direitos sociais: saúde, educação, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, mas teriam espaço em uma conjuntura econômica de crise? Em 2018 o déficit das contas públicas previsto pelo Orçamento foi de mais de R\$120 bilhões.⁶ O desemprego já atinge 13,4 milhões de brasileiros economicamente ativos, número que se agiganta se contados aqueles que desistiram de procurar emprego ou que trabalham menos horas do que gostariam.⁷

Diante deste cenário uma pergunta se coloca: afinal, como deve o juiz constitucional se portar diante destas questões que colocam direitos sociais e escolhas políticas em conflito? É a ponderação uma resposta a estas perguntas?

A resposta a estes questionamentos e aos desafios enfrentados em terras tupiniquins exigem, então, o estudo da ponderação, de direitos sociais e da jurisdição constitucional portuguesa e brasileira. O tema, o problema e algumas hipóteses estavam colocadas.

Esta dissertação, dividida em três partes para melhor organização e compreensão da discussão proposta, utiliza-se do método técnico-jurídico. Através de uma análise da dogmática jurídica e de jurisprudência constitucional do Brasil e de Portugal pretende-se chegar a uma conclusão que contribua para a discussão teórica e orientação de juristas que se propõem a defender a Constituição em tempos de crise.

Na primeira parte, denominada “Parte I – Teoria Constitucional”, propõe-se um estudo de conceitos basilares para o início do trabalho. Antes de se passar aos direitos sociais e sua adjudicação pela jurisprudência constitucional, entendeu-se necessário estabelecer alguns conceitos sobre as normas que compõe uma Constituição. Neste sentido, o primeiro capítulo, “Regras e Princípios”, busca entre as variadas posições doutrinárias um conceito que, uma vez estabelecido, fundamentará a discussão posterior sobre possíveis conflitos e as formas de solução indicadas para estas eventuais colisões.

⁶ ALEXANDRO MARTELLO. “No 5º ano seguido de rombo, contas do governo têm déficit de R\$120 bilhões em 2018”. In: G1 Economia. 29 de janeiro de 2019.

⁷ DARLAN ALVARENGA; DANIEL SILVEIRA. “Desemprego sobe para 12,7% em março e atinge 13,4 milhões de brasileiros”. In: G1 Economia. 30 de abril de 2019.

O segundo capítulo busca aprofundar-se em relação à ponderação. Se em capítulo anterior ela foi apontada como fórmula de solução de conflitos entre princípios, neste capítulo analisaremos a aplicação. Primeiramente será apresentada uma diferenciação entre a ponderação proposta por Ronald Dworkin e por Robert Alexy para, em seguida, adotar-se um conceito e estudar sua estrutura. Em um segundo momento será abordada a aplicação da ponderação pela jurisprudência (o emblemático caso Ellwanger julgado pelo Supremo Tribunal Federal) e a inovação trazida pela legislação brasileira ao processo civil (o novel artigo 489, §2º do Código de Processo Civil). Ao final, em resposta às principais críticas que apontam para a discricionariedade e subjetividade da ponderação, bem como para a suposta ilegitimidade do Tribunal Constitucional, será apresentada defesa que buscará demonstrar sua racionalidade e democraticidade.

Sedimentados conceitos de regras, princípios e abordadas principais questões acerca da ponderação passa-se à “Parte II – Direitos Sociais” desta tese. À concepção unitária dos direitos sociais como direitos fundamentais é apresentada a objeção doutrinária. Em seguida, parte-se para uma análise sobre o âmbito de proteção destes direitos e sobre a possibilidade de sua determinação através de um mínimo existencial e/ou social a ser garantido pelo Estado aos indivíduos. Será também abordada a teoria da reserva do possível como resposta a questões que se colocam em épocas de escassez de recursos e apresentada a crítica à sua aplicação. Após, será apresentada possibilidade, ou não, de retrocesso na concretização de direitos sociais em épocas de crise. Ao final, em um diálogo com a primeira parte desta tese, serão feitas considerações sobre a ponderação de direitos sociais.

A “Parte III – A Crise e o Direito”, última parte deste trabalho busca, tendo todos estes aspectos teóricos como base, analisar como a crise econômica tem afetado, se é que afeta, a adjudicação de direitos sociais pela jurisdição constitucional de Portugal e Brasil. E se a proporcionalidade, em especial a ponderação, tem servido de instrumento para a solução de conflitos eventualmente colocados.

Assim, em um primeiro capítulo será abordado o caso português. Diante da crise econômica e financeira de 2008⁸ que, a partir de 2009, solapou a economia de Portugal, analisaremos como as medidas de austeridade implantadas pelo Governo português

⁸ Sobre a crise de financeira global de 2008, cujos primeiros sinais foram verificados em 2007 com a crise dos *subprimes*, créditos imobiliários concedidos a pessoas com perfil de alto risco, ver MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE. “Como matar (...)” *op. cit.*, p. 27.

foram julgadas pelo Tribunal Constitucional. Neste capítulo, através de uma exposição de três acórdãos paradigmáticos do Tribunal Constitucional português, abordaremos aquela que ficou conhecida como “*jurisprudência da crise*”⁹ para, em seguida, apresentar os principais argumentos de seus críticos e defensores.

O segundo capítulo desta terceira parte, último deste desenvolvimento, tratará do caso brasileiro. Primeiramente será feita uma exposição da crise no Brasil e dos fatos ocorridos desde a redemocratização até a crise. Após esta contextualização passaremos a um estudo sobre os possíveis reflexos da crise, que se instaurou desde a eleição de Dilma Rousseff, sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Com este intuito, serão analisados o trâmite processual, acórdãos e decisões monocráticas em processos julgados, ou não, pelo STF durante o período compreendido entre os anos de 2011 a 2018.

Ao final serão apresentadas as conclusões resultantes da pesquisa e reflexões alcançadas a pretexto do estudo.

⁹ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de Direito Constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*”, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 709.

PARTE I - TEORIA CONSTITUCIONAL

1 – REGRAS E PRINCÍPIOS

1.1 – ALGUMAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

A Constituição é composta de normas jurídicas que, a determinada situação, objetiva ou abstrata, liga consequências práticas às quais se submetem poder público e particulares.¹⁰ Decorre desta submissão, desta “*vontade de Constituição*”, a própria força normativa da Constituição.¹¹

Neste trabalho abandonaremos a concepção tradicional da metodologia jurídica que distinguia entre *normas* e *princípios*¹² para adotarmos uma diferenciação entre *regras* e *princípios* como espécies de *normas*.¹³

Tal distinção não é nova na doutrina que apresenta vários critérios para sua diferenciação na tentativa de propor um conceito preciso, capaz de afastar as críticas de seus opositores.¹⁴ A seguir trataremos de algumas delas antes de nos posicionarmos e aprofundarmos o estudo.

¹⁰ NIKLAS LUHMANN. “*Sociologia do direito*”. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 77; JOSÉ AFONSO DA SILVA. “*Curso de direito constitucional positivo*”. 40ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 39-40; PAULO BONAVIDES. “*Curso de Direito Constitucional*”, 33ª ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2018, p. 80-81; EROS ROBERTO GRAU. “*A ordem econômica na constituição de 1988*”. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 110; J. J. GOMES CANOTILHO. “*Direito Constitucional e teoria da constituição*”. 7ª ed., 17 reimp. Coimbra: Almedina, 2013, p. 1159; CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de Direito Constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*”, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 449

¹¹ KONRAD HESSE explica que a força normativa de uma Constituição depende da possibilidade de sua realização e de uma denominada “*vontade de Constituição*” (*Wille zur Verfassung*) conceituada como uma vontade humana constante em realizar o conteúdo da Constituição. (“*A força normativa da constituição*”. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 13-20).

¹² Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA. “*Curso de direito constitucional positivo*”, 40ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 93-94; Idem. “*Aplicabilidade das normas constitucionais*”, 7ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 44 (nota de rodapé).

¹³ RONALD DWORKIN. “*Levando os direitos a sério*”. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46; ROBERT ALEXANDER. “*Teoria dos direitos fundamentais*”. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros editores, 2008, p. 87; J. J. GOMES CANOTILHO. “*Direito Constitucional (...)*” *op. cit.*, p. 1160; MANUEL ATIENZA e JUAN R. MANERO. “*Sobre Principios y Reglas*”. *Doxa*, v. 10, 1991. Ressalva-se a existência de posição doutrinária que nega esta distinção. Entre os céticos pode-se citar JULIANO MARANHÃO. “*Positivismo jurídico lógico-inclusivo*”. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

¹⁴ Cabe aqui, contudo, o alerta de VIRGILIO AFONSO DA SILVA (“*Princípios e regras, mitos e equívocos acerca de uma distinção*”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1. 2003. p. 614): “(...) não há que se falar em classificação mais ou menos adequada, ou, o que é pior, em classificação mais ou menos moderna. Classificações ou são coerentes e metodologicamente sólidas, ou são contraditórias – quando, por exemplo, são misturados diversos critérios distintivos – e, por isso, pouco ou nada úteis”.

O critério da *generalidade* ou da *abstração*¹⁵ é bastante comum na doutrina. Os autores que o adotam sustentam que os princípios seriam normas com grau de abstração ou de generalidade bastante elevado enquanto regras seriam normas com um grau de abstração ou de generalidade relativamente baixo, portanto mais específica. Exemplos de aplicação deste critério: a norma prevista no art. 5º, VI da Constituição brasileira, que prevê a liberdade de crença, dado o seu caráter abstrato, um princípio; enquanto a norma do art. 24 da Lei de Execução Penal¹⁶ brasileira, que prevê a assistência religiosa ao preso, inclusive franqueando a participação em cultos religiosos em local apropriado dentro do estabelecimento prisional, dado o seu baixo grau de *abstração*¹⁷, uma regra.

Outro critério é o que se sustenta no grau de *determinabilidade* da aplicação da norma no caso concreto. Sob este critério, princípios, vagos e indeterminados, careceriam de mediação concretizadora por parte do legislador, do juiz ou da Administração. Neste sentido, os princípios agiriam como um contributo, ao lado de outras razões, para a tomada de decisões, estabelecendo diretrizes para o alcance de um fim¹⁸. As regras, por sua vez, reconhecidas por sua especificidade e determinabilidade, imporiam sua direta aplicação para a adoção da conduta descrita para o alcance de sua finalidade.¹⁹

Também há aqueles que diferenciam regras e princípios por um critério de *importância* da norma no ordenamento jurídico. Para os adeptos desta visão os princípios seriam as normas dotadas de maior relevância a serem concretizados através das regras.²⁰ Tal importância seria fruto de sua posição hierárquica superior como fonte do Direito ou mesmo devido a seu caráter estruturante²¹ dentro de um sistema jurídico. Um

¹⁵ JOSEPH RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford: Oxford University Press, 1975, p. 49; Idem. *Legal Principles and the Limits of Law*, 81 Yale L.J. (1972); LUIS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 151; J. J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional (...)* op. cit., p. 1160.

¹⁶ BRASIL. Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.

¹⁷ ROBERT ALEXI. *Teoria dos (...)* op. cit., p. 87.

¹⁸ Cf. HUMBERTO ÁVILA. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª ed. revista, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

¹⁹ EROS ROBERTO GRAU. *A ordem (...)*, op., cit, p. 115; HUMBERTO ÁVILA. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo 215 (1999), p. 167.

²⁰ Cf. CELSO BANDEIRA DE MELO. *Curso de direito administrativo*, 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 942-943; LUIS ROBERTO BARROSO, *Interpretação (...)* op., cit. p. 151; J.J.GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 49 e JOSEPH RAZ, *Practical (...)*, op., cit., p. 49; JORGE REIS NOVAIS. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Cf. também JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de (...)*, op., cit. p. 92, que apresenta uma distinção entre princípios e normas.

²¹ Cf. PEDRO MONIZ LOPES, que em tese recentíssima de Doutorado adota um *critério semântico-estrutural* de diferenciação entre normas de regra e normas de princípio. (*Derrotabilidade normativa e normas administrativas*. Lisboa: [s.n.], 2014. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Políticas), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2016.).

exemplo desse caráter estruturante seria o art. 1º da Constituição brasileira que estabelece o princípio do Estado Democrático de Direito como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil.²²

A *proximidade da ideia de direito* também é utilizada como critério de diferenciação. Os princípios seriam modelos que expressariam uma ideia de Justiça²³, enquanto as regras seriam normas de conteúdo meramente funcional.²⁴

Este critério aproxima expoentes do moralismo reflexivo e do neo-constitucionalismo²⁵ ao defenderem que uma gradação entre regras, princípios e valores de ordem moral sustenta a própria validade do direito. Neste sentido uma norma contrária a um princípio seria, por consequência, contrária ao valor que o embasa e, portanto, inválida, eis que arbitrária²⁶.

Argumenta-se, ainda, acerca da *natureza normogénética* destas normas. Diz-se que os princípios seriam fundamentos das regras servindo a uma função argumentativa. É que por serem mais gerais que as regras e por representarem padrões de justiça do sistema jurídico, permitiriam a descoberta da *ratio legis* de determinada regra ou mesmo de um subprincípio.²⁷ Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana, informaria o princípio da igualdade que a seu turno compreenderia o princípio do acesso universal à saúde que, por sua vez, capacitaria ao correto entendimento da norma que estabelece o financiamento do Sistema Único de Saúde através de verbas do Orçamento da União, Estados, Municípios e outras fontes.²⁸

²² J. J. GOMES CANOTILHO. “Direito Constitucional (...)” op. cit., p. 1160.

²³ RONALD DWORIN. “Levando os (...)” op., cit., p. 42-43.

²⁴ J. J. GOMES CANOTILHO. “Direito Constitucional (...)” op. cit., p. 1160.

²⁵ Cfr. sobre moralismo reflexivo J. J. GOMES CANOTILHO. “¿Revisar la/o romper com la Constitución Dirigente? Defensa De Un Constitucionalismo Moralmente Reflexivo.” Revista Española De Derecho Constitucional, no. 43. 1995, p. 21-22 e GUSTAVO ZAGREBELSKI. “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”. Tradução de Marina Gascón. 10ª edição. Madrid: Trotta. 2011, p. 110 ss. E, dentre os neoconstitucionalistas, PAULO BONAVIDES. “Curso de [...]”, op., cit., p. 289 ss.

²⁶ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “Curso de [...]”, op. cit., p. 454.

²⁷ J. J. GOMES CANOTILHO. “Direito Constitucional (...)” op. cit., p. 1161; CLAUS-WILHELM CANARIS. “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989, p. 76 ss; GILMAR FERREIRA MENDES, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. “Curso de Direito Constitucional”, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 72.

²⁸ Neste ponto faz-se referência aos arts. 1º, III; 5º, I; 196; 198, §1º, todos da Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988).

Cf. a crítica de CARLOS BLANCO DE MORAIS acerca da indeterminabilidade dos princípios: “[...]à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento da personalidade, tanto pode caber a proibição do aborto por livre decisão da mulher como a sua admissibilidade”. (“Curso de [...]”, op. cit. p. 454). Também STEVEN D. SMITH. “The Constitution and the Pride of Reason”. New York: Oxford University Press. 1998, p. 77 e ss.

Importante contribuição à doutrina da distinção entre regras e princípios é encontrada nos estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Os dois juristas, através de seus estudos, buscaram aclarar que a diferença entre regras e princípios não se limitaria a uma dimensão de grau, mas se imporia em seu viés qualitativo que, a seguir, passaremos a expor.

1.2 – REGRAS E PRINCÍPIOS EM DWORKIN E EM ALEXY

1.2.1 – RONALD DWORKIN

A doutrina da normatividade dos princípios deve em muito ao contributo de Friedrich Muller e Ronald Dworkin que, em seus estudos, deram um passo além, de natureza qualitativa, rumo a um *juspublicismo* pós-positivista para a superação da divisão clássica entre Direito Natural e Direito Positivo.²⁹

Müller, através do normativismo de sua *Teoria Estruturante do Direito*³⁰, propõe a superação conceitual do positivismo de Kelsen³¹. O jurista alemão propõe que a norma não deve ser o ponto final de uma teoria jurídica pura, como proposto por Kelsen, mas o ponto de partida de uma teoria jurídica impura³² que tem a *normatividade* e a *estrutura da norma*³³ como ponto central de um modelo que pretende analisar a relação entre

²⁹ PAULO BONAVIDES. “Curso de [...]”, *op. cit.*, p. 281.

³⁰Cf. FRIEDRICH MÜLLER. “Direito linguagem violência: elementos de uma teoria constitucional, I”. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995; Idem. “Metodologia do direito constitucional”. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; Idem. “Teoria Estruturante do Direito”. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011; Idem. “O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes”. Tradução de Ana Paula Barbosa-Fohrmann *et al.* 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

³¹ HANS KELSEN. “Teoria geral das normas”. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. *Idem.* “Teoria pura do direito”. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³² Cf. RALPH CHRISTENSEN. “Teoria Estruturante do Direito”. Tradução de Peter Naumann. In: FRIEDRICH MÜLLER. “O novo paradigma (...)”, *op. cit.*, p. 202-203.

³³ FRIEDRICH MÜLLER explica os dois conceitos: “[...] estrutura da norma designa, como conceito operacional o nexos entre as partes conceituais integrantes de uma norma (programa da norma – âmbito da norma) e não e.g., as relações entre os pontos de referência da teoria tradicional do direito (como deve ser e dever ser, suporte fático e consequência jurídica, norma e conjunto de fatos). Os elementos estruturais mencionados atuam conjuntamente no trabalho efetivo dos juristas de um modo ao qual se atribui normatividade. Normatividade não significa aqui nenhuma força normativa do fático, tampouco a vigência de um texto jurídico ou de uma ordem jurídica. Ela pressupõe a concepção – a ser explicitada mais tarde – da norma como um modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado. ‘Normatividade’ designa a qualidade dinâmica de uma norma, assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz –

Direito e Realidade na hermenêutica jurídica e também fornecer uma nova metodologia ao Direito Constitucional que abranja, além de elementos dogmáticos e metodológicos a própria hermenêutica.³⁴

Ronald Dworkin, a seu turno, propondo uma conexão entre Direito e Moral³⁵ buscou abalar o positivismo de Hart³⁶ e, junto a Müller, deu importante contribuição para a operação de uma revolução metodológica na doutrina que abandona a dualidade clássica de confronto princípio/norma.³⁷

O professor americano ensina que regras e princípios assemelham-se ao estabelecerem obrigações jurídicas, mas se diferem no tipo de diretiva que apresentam.³⁸

A norma da espécie regra diferencia-se da norma de espécie princípio, eis que aquela possui um método de aplicação próprio. A regra é aplicada segundo o modo do *tudo ou nada*.³⁹ Sabe-se, é claro, que as regras comportam exceções à sua aplicação, tais exceções devem ser arroladas e enumeradas para que se garanta a completude e precisão da regra.⁴⁰ Contudo, verificado um conflito entre regras, sem que uma seja uma exceção à outra, a solução deverá se pautar pelos critérios clássicos de solução de antinomias (hierárquico, especialidade e cronológico)⁴¹.

Os princípios, por sua vez, não ocasionam consequências jurídicas automáticas à verificação da situação fática a que se referem.⁴² Extrai-se que os princípios possuem uma *dimensão de peso* que não se verifica nas regras. Em uma mesma situação podem ser

normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada”. (*O novo paradigma (...)*) *op. cit.*, p. 35-36).

³⁴ FRIEDRICH MÜLLER. *“Metodologia (...)” op. cit.*, p. 57.

³⁵ A questão de Direito e Moral é abordada por toda a obra de RONALD DWORKIN, mas é em *“A raposa e o porco espinho: justiça e valor”*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2014, que o professor americano chega ao ápice de sua teoria ao abandonar completamente a visão bissistemática que enxerga direito e moral como *“dois sistemas separados e busca então afirmar ou negar, em vão, possíveis interligações entre eles”*. DWORKIN propõe então um único sistema que se assemelha à imagem de uma árvore em que da ética deflui a moral pessoal, da moral pessoal deflui a moral política e da moral política o próprio direito. (*op. cit.*, p. 620).

³⁶ RONALD DWORKIN. *“Levando os (...)” op., cit.*, passim.

³⁷ PAULO BONAVIDES. *“Curso de [...]” op., cit.*, p. 282.

³⁸ RONALD DWORKIN. *“Taking rights seriously”*. Cambridge: Harvard University, 2001, p. 24.

³⁹ RONALD DWORKIN explica: “Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case it answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.” (Ibid. loc. cit.). Contra essa lógica do *tudo ou nada* ver a crítica de CARLOS BLANCO DE MORAIS sustentada nos ensinamentos de Hebert Hart em *“Curso de (...)” op. cit.*, p. 523-525.

⁴⁰ RONALD DWORKIN. *“Taking (...)” op. cit.*, p. 25.

⁴¹ NORBERTO BOBBIO. *“Teoria do Ordenamento Jurídico”*. Introdução Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. L. Santos. 4ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 91-97.

⁴² RONALD DWORKIN. *“Taking (...)” op. cit.*, p. 25.

aplicados princípios diferentes sendo o conflito resolvido de acordo com a consideração do *peso* de cada um.⁴³ Isso não se faz, contudo, por meios de critérios de mensuração de peso exatos, mas segundo a consideração da importância de um princípio (o seu peso) em uma determinada situação.⁴⁴ Percebe-se que o conflito entre princípios não se resolve por critério de exceção, mas pelo confronto de seus “*pesos*” em uma dada situação.

Dworkin diferencia, ainda, *princípios* de *políticas*. Enquanto aqueles descrevem direitos das pessoas e da sociedade baseados em critérios de justiça, equidade e de respeito à dignidade da pessoa humana, entre outros, a *política* estabelece metas a serem alcançadas pelo processo político para a produção de uma situação social e econômica desejável.⁴⁵ Assim, os princípios são a representação no ordenamento jurídico dos valores morais da comunidade.⁴⁶

1.2.2 – ROBERT ALEXY

Robert Alexy assemelha-se a Ronald Dworkin ao tratar dos princípios em convivência no mundo normológico com as regras. A distinção entre essas duas normas assume especial relevo em seus estudos, eis que os princípios significam a “*chave*” para a solução de problemas referentes a direitos fundamentais.⁴⁷

Regras e princípios são normas, eis que ambas dizem o que deve ser e se formulam através de expressões deônticas basilares do dever, da permissão e da proibição.⁴⁸

⁴³ RONALD DWORKIN. “*Taking (...)*”, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 27.

⁴⁵ O jurista americano pontua a diferença entre princípios e políticas: “*Principles are propositions that describe rights; policies are propositions that describe goals*” (RONALD DWORKIN. “*Taking (...)*”, *op. cit.*, p. 90) Em continuação, DWORKIN exemplifica: “*It seems natural to say, for example, that freedom of speech is a right, not a goal, because citizens are entitled to that freedom as a matter of political morality, and that increased munitions manufacture is a goal, not a right, because it contributes to collective welfare, but no particular manufacturer is entitled to a government contract*”. Alerta o autor, contudo, que os argumentos de política não podem vencer argumentos de princípios (*Ibid.*, p. 85).

⁴⁶ Há que se ter em conta aqui a ressalva de BOCKENFORDE. O jurista alemão defende que os valores são bens abstratos de difícil delimitação, carentes de conteúdo jurídico e a comportar diferentes interpretações sobre o seu conteúdo. (ERNST-WOLFGANG BOCKENFORDE. “*Stato, costituzione, democrazia : studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*”. Milano: Giuffrè, 2006.). JÜRGEN HABERMAS avança contra a doutrina que assimila direitos a valores ao postular que princípios, como normas mais elevadas, possuem um sentido deontológico, um “dever ser” que se pretende ser igualmente bom para todos. Os valores, a seu turno, possuem uma essência teleológica, temporalmente e culturalmente mutável de acordo com preferências compartilhadas pelos indivíduos. (JURGEN HABERMAS. “*Direito e Democracia entre Factividade e Validade*”. Vol. I. 2ª ed. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 316-317).

⁴⁷ ROBERT ALEXY. “*Teoría de los derechos fundamentales*”. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 63.

⁴⁸ *Idem.* “*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p. 87.

Princípios e regras, enquanto normas, diferenciam-se qualitativamente e não apenas através de uma variação de grau⁴⁹. Os princípios, na visão alexyana que se distancia da dworkiana, são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.⁵⁰ São, portanto, *comandos de otimização*,⁵¹ porque a sua realização se dará em diferentes graus a depender da realidade fática e das regras e princípios opostos aplicáveis à mesma situação.⁵²

As regras, todavia, determinam a realização de algo, ou seja, se uma regra é válida ela há de ser aplicada, se ela não for válida ela não deve ser aplicada. As regras contêm *determinações* do que é fática e juridicamente possível a serem cumpridas ou descumpridas.⁵³

Advém dessa distinção o diferente tratamento dispensado ao conflito entre regras e ao conflito entre princípios.

No caso das regras a solução será encontrada pela tomada de uma como cláusula de exceção da outra⁵⁴ ou através da declaração de invalidade de uma delas.

⁴⁹ ROBERT ALEXY. “*Teoría de los (...)*” *op. cit.*, p. 67.

⁵⁰ *Ibid*, p. 67.

⁵¹ *Ibid*, p. 68.

⁵² ROBERT ALEXY (“*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p. 90-91) explica em nota de rodapé nº 24 a necessidade de se “[...]distinguir dois casos de restrição à realização ou à satisfação dos princípios por meio de regras: (1) A regra R, que restringe o princípio P, vale estritamente. Isso significa que vale uma regra de validade R’, que diz que R tem precedência em relação a P, independentemente de se saber o quão importante é a realização de P e o quão desimportante é a realização de R; (2) R não vale estritamente. Isso significa que vale um princípio de validade P’, que permite, em determinadas situações, que P supere ou restrinja R. Essas condições não podem ser satisfeitas com a simples constatação de que o cumprimento de P é, no caso concreto, mais importante que o cumprimento do princípio PR, que materialmente sustenta R, pois isso faria com que P’ não desempenhasse nenhum papel. Tudo seria uma questão de relação entre P e PR. P’ desempenha um papel se para a determinação da precedência de P não somente se exija que P preceda o princípio PR, que materialmente sustenta R, mas também que P seja mais forte que PR em conjunto com o princípio P’, que exige o cumprimento de regras e que, nesse sentido, sustenta formalmente R”.

⁵³ O professor alemão exemplifica o conceito de regras utilizando-se do Código de Trânsito alemão: “Ultrapassagens são possíveis ou pela esquerda ou pela direita. A característica de poder ser ou não ser cumprida não se limita, contudo, a esse tipo simples de regras. Ela não depende do fato de que a ação obrigatória (proibida, permitida) somente pode ser realizada ou não realizada. Mesmo as regras que prescrevem ações que podem ser realizadas em diferentes graus podem ter aquela qualidade. Isso ocorre também quando um determinado grau da ação ou do comportamento é obrigatório (proibido, permitido). Um exemplo são as prescrições que se referem a condutas imprudentes. O que se exige não é um grau máximo de cuidado, mas um determinado grau de cuidado, dependendo do ramo do direito de que se trate. Embora seja possível que surjam dúvidas, em casos individuais, sobre qual é o grau de cuidado exigido, isso é algo possível na aplicação de qualquer norma e não representa nenhuma peculiaridade. Para o esclarecimento dessas dúvidas exige-se exatamente que se decida se o grau de cuidado exigido pelo dispositivo foi satisfeito, ou não. Esse questionamento é típico das regras”. (ROBERT ALEXY. Nota de rodapé nº 25. “*Teoria dos (...)*” *op. Cit.*, p. 91.)

⁵⁴ ROBERT ALEXY exemplifica a solução de um conflito entre regras da seguinte forma: “Un ejemplo de un conflicto de reglas que puede eliminarse mediante la introducción de una cláusula de excepción es el que se presenta entre la prohibición de abandonar la sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarla en caso de alarma de incendio. Si todavía no há sonado el timbre de salida y se enciende la

O conflito entre princípios é solucionado, contudo, através da verificação do peso de cada um no caso concreto (a ponderação), sendo que, em abstrato, não existe primazia entre eles.⁵⁵

Cabe acrescentar que Dworkin e Alexy diferenciam-se por aquele buscar através de seus estudos a base para uma resposta judicial correta⁵⁶, sendo esta alcançável através da teoria dos princípios por ele defendida, enquanto Alexy contenta-se com uma *versão débil* da tese da única resposta correta. Em Alexy os princípios, como mandados de otimização, serviriam de ponto de partida para uma argumentação jurídica coerente em que os participantes do discurso acreditam possuírem a resposta correta, ainda que nunca verificável.⁵⁷

1.3 – CONCEITOS ADOTADOS: REGRAS E PRINCÍPIOS

Por tudo o que foi exposto pode-se afirmar que regras e princípios são espécies de normas. No âmbito constitucional tratam-se de normas constitucionais que compõe a Constituição em um sistema aberto de regras e princípios dotados de força vinculante sobre o direito infraconstitucional.⁵⁸

Princípios são normas de caráter deontológico dotadas de elevado grau de indeterminação que traduzem valores da sociedade no ordenamento jurídico com vias de sua realização na maior medida do possível consideradas a realidade fática e jurídica existente.

alarma de incendio, estas reglas conducen a juicios concretos de deber ser contradictorios entre sí. Este conflicto se soluciona mediante la introducción en la primera regla, de una cláusula de excepción que contemple el caso de que se encienda la alarma de incendios". (ROBERT ALEXY. "Teoría de los (...)", op., cit., p. 69)

⁵⁵ Ibid., p. 70-71.

⁵⁶ RONALD DWORKIN. "Law's Empire". Oxford: Hart Publishing, 1998. Dworkin aborda a questão da única resposta correta em toda a sua obra acadêmica, mas é em "Law's Empire" que a matéria encontra especial relevo através do juiz Hércules e da defesa da integridade no Direito.

⁵⁷ ROBERT ALEXY. "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica". Doxa, v. 5, 1988, p. 151.

⁵⁸ J. J. GOMES CANOTILHO explica que um sistema jurídico constituído apenas de regras demandaria uma disciplina legislativa exaustiva e completa dos fundamentos sobre os quais uma sociedade se organiza, limitando, por consequência, o desenvolvimento do sistema constitucional, bem como o debate de valores e interesses próprios de uma sociedade plural. Da mesma forma, um modelo baseado exclusivamente em princípios implicaria em um sistema marcado por indesejável indeterminabilidade e complexidade e, portanto, incapaz de fornecer segurança jurídica à sociedade que o adotasse. Neste sentido, "[...] o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma 'law in the books' para uma 'law in action' para uma 'living constitution'" ("Direito Constitucional (...)") op. cit., p.1162-1164). Cf. também STEVEN D. SMITH. "The Constitution (...)") op. cit., p. 77-83.

As regras, a seu turno, consistem em normas que garantem direitos ou que impõe deveres definitivos que devem ser realizados na forma prevista pela regra, contanto que seja ela válida.⁵⁹

Contudo, sabe-se que regras e princípios podem entrar em conflito com outras regras e princípios em diferentes graus, porque, no âmbito das condições jurídicas, a realização de um princípio encontra barreira na proteção de outro princípio ou de outros princípios. No caso das regras, que determinam condutas imperativas, a sua aplicação não depende das condições jurídicas do caso concreto e é dessa diferença de estrutura que decorrem as diferentes formas de aplicação das normas jurídicas: a subsunção e o sopesamento.⁶⁰

1.4 – CONFLITOS NORMATIVOS

Estabelecidos os conceitos de regras e princípios cabe aqui conceituar também *conflitos normativos*⁶¹. Verifica-se que conflitos normativos são por vezes entendidos na doutrina como *colisões entre normas* ou mesmo *contradições normativas*. Contudo, já tendo estabelecido normas como gênero e regras e princípios suas espécies, no âmbito deste trabalho abordaremos conflitos normativos como aqueles nos quais se constate a existência de um conflito entre espécies de normas, ou seja, um conflito entre regras, a colisão entre princípios ou mesmo a colisão entre regras e princípios.

Assim, um conflito normativo, aqui considerado, ocorre quando em um caso concreto confluem duas ou mais normas (regras ou princípios) passíveis de aplicação, cujas consequências jurídicas se mostrem incompatíveis.⁶²

⁵⁹ Cf. ROBERT ALEXEY. “*Teoría de los derechos (...)*” *op. cit.*, p. 69; Idem. “*Teoria dos direitos (...)*” *op. cit.*, p. 91; HUMBERTO ÁVILA. “*Teoria dos Princípios (...)*” *op. cit.* p. 70; CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de (...) op. cit.* p. 453/454; VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. “*Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 44 e ss.

⁶⁰ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (“*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 46-47) em nota de rodapé nº 17 cita Alexy em sua menção a uma terceira forma de aplicação do direito denominada *comparação* ou *analogia*. Tal forma teria por objeto *casos* e não princípios ou regras. O professor brasileiro não reputa tal complementação à teoria dos princípios procedente e se abstém de maiores digressões sobre o tema que é melhor tratado por Alexy em: “*Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung*, ARSP Beiheft 100, 2005, p. 66”.

⁶¹ Cf. CARLA HUERTA OCHOA. *Conflictos normativos*, México: UNAM, 2003.

⁶² ALF ROSS (“*Direito e Justiça*” Tradução de Edson Bini. Revisão técnica de Alysson Leandro Mascaro. Bauru/SP: EDIPRO, 2000, p. 158 e ss) em sua análise dos problemas da interpretação lógica, denomina tal situação por “*inconsistência*”.

1.4.1 – CONFLITO ENTRE REGRAS

Anteriormente adotamos conceito de regras como espécies de normas que garantem direitos ou que impõe deveres definitivos que devem ser realizados na forma prevista pela regra, contanto que seja ela válida. Ressaltamos ainda a possibilidade de ocorrência de conflito normativo quando a um mesmo caso concreto confluem mais de uma regra com implicações jurídicas diferentes. Necessário, contudo, que a solução de tal conflito não implique em relativização do conceito. Esta necessidade faz-nos voltar ao já referido raciocínio “*tudo ou nada*”.⁶³

Se duas regras aplicáveis à mesma situação preveem consequências jurídicas distintas o conflito deve ser solucionado através da introdução de uma cláusula de exceção – caso em que se estará diante de uma *incompatibilidade parcial*⁶⁴ - ou através da declaração de invalidade de uma delas – hipótese denominada por *incompatibilidade total* – através da aplicação de critérios de solução de antinomias jurídicas, quais sejam: especialidade, hierarquia ou cronológico.⁶⁵ Solução contrária implicaria em incoerência do ordenamento⁶⁶ e abandono do conceito de regra adotado.

Exemplo de incompatibilidade parcial pode ser encontrado na legislação brasileira na medida em que o Código Penal Militar ⁶⁷brasileiro estabelece em seu art. 55, “a”, a pena de morte por fuzilamento como uma das principais penas para os crimes ali previstos, enquanto que a Constituição brasileira de 1988 trouxe em seu art. 5º, XLVII a proibição da pena de morte no Brasil. Ora, a um primeiro momento estar-se-ia diante de um conflito normativo, vez que a pena de morte seria ao mesmo tempo proibida e permitida no Brasil.

⁶³ Cf. RONALD DWORKIN. “*Taking rights (...)*”. *op. cit.*, p. 24. Para críticas a este modelo, cf. HUMBERTO ÁVILA. “*Teoria dos princípios (...)*”, *op. cit.*, 44 e ss.

⁶⁴ Cf. ROBERT ALEXY. “*Teoria dos direitos (...)*” *op. cit.*, p. 92/93; VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. “*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 48. Cf. também ALF ROSS (“*Direito e Justiça*”, *op. cit.*, p. 158) que, ao debruçar-se sobre a situação aqui abordada, distingue duas formas de *inconsistências* parciais. De um lado coloca a *inconsistência total-parcial*, hipótese em que uma das normas não pode ser aplicada sem entrar em conflito com outra, enquanto essa outra possui um campo adicional de aplicação em que não conflita com a primeira. De outro lado haveria a *inconsistência parcial-parcial*, hipótese em que ambas as normas possuem um campo conflitante e outro onde não há conflito.

⁶⁵ Cf. ROBERT ALEXY. “*Teoria dos direitos (...)*” *op. cit.*, p. 92/93; VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. “*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 48-49. ALF ROSS denomina tais casos por *inconsistência total-total*, vez que nesta hipótese nenhuma das normas pode ser aplicada sem entrar em conflito com a outra. (“*Direito e Justiça*”, *op. cit.*, p. 158-159). Sobre antinomias jurídicas e sobre os critérios para solução de antinomias: “*lex specialis derogat generali, lex superior derogat inferiori, lex posterior derogat priori*” cf. NORBERTO BOBBIO. “*Teoria do Ordenamento (...)*” *op. cit.*, p. 86-97.

⁶⁶ Cf. NORBERTO BOBBIO. “*Teoria do Ordenamento (...)*” *op. cit.* p. 110 e ss.

⁶⁷ BRASIL. Código Penal Militar. Decreto-Lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969.

Contudo, o legislador constituinte fez inserir no art. 5º, XLVII a exceção “*salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX*”, solucionando a aparente incompatibilidade parcial. Outro exemplo que se poderia citar seria a previsão de legítima defesa como excludente de ilicitude do crime de homicídio, bem como tantos outros exemplos⁶⁸.

Na mesma linha, o exemplo da pena de morte também pode ser utilizado para exemplificar o caso de incompatibilidade total. É certo que a Constituição brasileira trouxe em seu bojo cláusula de exceção à regra que proíbe a pena de morte no Brasil, não obstante, caso tal cláusula não existisse estaria o intérprete diante de uma incompatibilidade total em que uma regra prevê a pena de morte enquanto outra a proíbe. Esta resolver-se-ia com a declaração de invalidade (inconstitucionalidade e não recepção) da regra do Código Penal Militar diante da regra constitucional.⁶⁹

Assim, tem-se que diante de um conflito entre regras aplicáveis ao mesmo caso concreto haver-se-á que inquirir acerca da possibilidade de instituição de uma cláusula de exceção ou, caso tal hipótese não seja possível, através da declaração de validade e invalidade da regra utilizando-se de critérios de solução de antinomias jurídicas.

1.4.2 – COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

No caso dos princípios eventual colisão se resolve de forma completamente diversa. Princípios, como já abordado, são normas de caráter deontológico de grau altamente indeterminado que traduzem valores da sociedade no ordenamento jurídico

⁶⁸ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (“*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 48) cita o seguinte exemplo de incompatibilidade parcial: “Há uma regra que prevê que, aberta a sucessão, ‘*a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*’ (Código Civil brasileiro, art. 1.784). Essa regra é complementada por outra, que define o conceito de ‘*herdeiro legítimo*’ (CC, art. 1.829), que inclui, entre outros, os descendentes (CC, art. 1.829, I). Ocorre que o mesmo Código Civil estabelece que ‘*aqueles que houverem sido autores (...) de homicídio doloso (...) contra pessoa de cuja sucessão se tratar*’ estão excluídos da sucessão (CC, art. 1.814, I). Isoladamente consideradas, ambas as regras são aplicáveis à seguinte situação: está aberta a sucessão de um pai-de-família que foi morto por um de seus filhos. A primeira regra exigiria a transmissão da herança ao filho; a segunda exige que o filho seja excluído da sucessão. Qualquer operador do direito percebe, no entanto, que a segunda regra institui uma exceção à primeira. A razão, aqui, é simples, e se baseia na regra *lex specialis derogat legi generali*”.

⁶⁹ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (“*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 49) traz o seguinte exemplo: “Pode-se pensar, em um segundo exemplo, em duas regras com o seguinte conteúdo: uma delas prevê que, salvo manifestação de vontade em contrário, presume-se autorizada a doação pós-morte de órgãos para finalidades de transplantes ou terapêutica; a outra regra, no entanto, prevê que a retirada de órgãos de pessoas falecidas, para fins de transplante, dependerá da autorização de cônjuge ou parente, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. Para o mesmo fato – morte de alguém sem declaração expressa, daquele que morreu ou de um parente, acerca de transplante de órgãos – as duas regras têm consequências jurídicas totalmente incompatíveis: uma delas autorizaria o transplante, a outra proibiria”.

com o fim de se realizarem na maior medida possível, de acordo com a realidade fática e jurídica.

Neste sentido, em uma eventual colisão de princípios válidos que pode ocorrer quando, por exemplo, algo permitido de acordo com um princípio é proibido de acordo com outro, a solução não passa pelo estabelecimento de uma cláusula de exceção de um em relação ao outro ou da declaração de invalidade de um em oposição ao outro.⁷⁰

Ora, acaso poder-se-ia dizer que o princípio que rege a liberdade de imprensa sempre devesse predominar sobre o princípio da proteção da intimidade? Ou seria a intimidade sempre superior à liberdade de imprensa e ao princípio que baseia o direito à informação? Como conciliar o princípio da inviolabilidade da vida em uma situação em que proteger o direito à vida de um significa tirar a vida de outro? Também poder-se-ia pensar na colisão entre o princípio da liberdade de opinião e manifestação de pensamento com o princípio da igualdade em situações em que estão em causa manifestações preconceituosas, sejam elas por raça, sexo, gênero, nacionalidade, idade ou outra forma de discriminação.⁷¹

Em situações de colisão de princípios não há que se falar em contradição, mas em *tensão*, devendo um princípio ceder em relação ao outro. Isto ocorre porque no caso concreto eles assumem *pesos*⁷² ou importâncias diferentes não havendo questão de primazia, mas de *precedência*⁷³ daquele de maior peso sobre o de menor peso. Assim sendo, após a solução do conflito existente, com o reconhecimento de precedência de um

⁷⁰ É importante se ter em conta que a colisão abordada neste trabalho pressupõe a validade dos princípios colidentes. De acordo com Alexy, a colisão entre princípios ocorre no interior do ordenamento jurídico. Neste sentido, pontua que apenas princípios válidos fazem parte de um ordenamento jurídico e, conseqüentemente, podem entrar em colisão. Princípios *inválidos*, ou seja, princípios que sempre cedam em relação aos outros princípios, contudo, não são interiorizados pelo ordenamento jurídico e, portanto, não entram em colisão com princípios válidos. (Cf. ROBERT ALEXY. “*Teoria dos direitos (...)*” *op. cit.*, p. 94 e 110). CARLOS BLANCO DE MORAIS (“*Curso de Direito (...)*” *op. cit.* p. 521-522) ao analisar a questão da validade/invalidade jurídica de princípios constitucionais pontua que: “Os princípios constitucionais são juridicamente válidos, na medida em que sejam declarados ou revelados pelo poder constituinte. A sua invalidade jurídica apenas pode ser equacionada se forem inseridos no ordenamento através de uma lei de revisão constitucional e entrarem em colisão com outros princípios que se configurem como limites materiais de revisão da Lei Fundamental”.

⁷¹ Cf. GILMAR FERREIRA MENDES. “*Curso de (...)*” *op. cit.*, p. 235-236; EDILSON PEREIRA DE FARIAS. “*Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*”. 2^a ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 116 e ss.

⁷² Sobre a *dimensão de peso* cf. RONALD DWORIN. “*Taking (...)*”, *op. cit.*, p. 26. Cf. também sobre princípios em *tensão* o professor J. J. GOMES CANOTILHO. “*Direito Constitucional (...)*” *op. cit.*, p. 1182.

⁷³ Cf. ROBERT ALEXY. “*Teoria dos direitos (...)*” *op. cit.*, p. 93.

em relação ao outro, ambos conservam sua validade e importância, sendo certo que em uma situação distinta sob outras condições, a solução poderá ser diversa.⁷⁴

Essa relação de precedência haverá de ser verificada no caso concreto e encontra solução através de *sopesamento*⁷⁵ dos princípios em colisão. Tal questão será abordada em tópico próprio.

1.4.2.1 – Da impossibilidade de se ponderar regras

Há, contudo, aqueles que questionam os conceitos até aqui adotados.⁷⁶ Avaliam não ser apropriado o reconhecimento de uma dimensão de peso aos princípios ou a visão que limita o sopesamento à colisão entre princípios. A crítica se sustenta em exemplos em que o conflito entre regras não ocorreria no plano abstrato, mas no caso concreto. Nestes casos, argumentam, o conflito entre regras não se resolveria no plano de validade ou através da instituição de uma cláusula de exceção, mas através de uma ponderação do peso das regras em conflito.

O primeiro exemplo⁷⁷ aqui considerado diz respeito a duas regras contidas no Código de Ética Médica⁷⁸: a primeira determina que o médico deve comunicar a seu paciente, ou a seu representante legal, toda a verdade acerca de seu estado clínico; a segunda determina que o médico deve fazer uso de todos os meios disponíveis para curar seu paciente.⁷⁹ Estar-se-ia diante de um conflito de duas regras com imperativos conflitantes que necessitariam de um sopesamento a fim de se adotar a melhor conduta ao caso.

⁷⁴ ROBERT ALEXI. *“Teoria dos direitos (...)” op. cit.*, p. 93/94; VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. *“Direitos Fundamentais (...)” op. cit.*, p. 50; EDILSON PEREIRA DE FARIAS. *“Colisão de direitos (...)” op. cit.*, p. 120; CARLOS BLANCO DE MORAIS. *“Curso de Direito (...)” op. cit.*, p. 456.

⁷⁵ A questão do sopesamento de princípios será abordada quando tratarmos da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) e da Lei de Colisão, mas por hora é suficiente esclarecer que se trata do processo através do qual é aferido, no caso concreto, qual princípio assume maior peso e deve prevalecer em situação de colisão. Cf. ROBERT ALEXI. *“Teoria dos direitos (...)” op. cit.*, p. 95.

⁷⁶ Cf. HUMBERTO ÁVILA. *“Teoria dos Princípios: (...)” op. cit.*, p. 44 e ss.

⁷⁷ HUMBERTO ÁVILA. *“Teoria dos Princípios: (...)” op. cit.*, p. 44

⁷⁸ Trata-se aqui dos art. 32 e 34 do Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina do Brasil. Em seu capítulo V, ao tratar da relação com pacientes e familiares, dispõe que é vedado ao médico: “Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente. Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar danos, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.

⁷⁹ HUMBERTO ÁVILA (*“Teoria dos Princípios: (...)” op. cit.*, p. 44) faz o seguinte questionamento: “(...) como deliberar o que fazer no caso em que dizer a verdade ao paciente sobre sua doença irá diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? O médico deve dizer ou omitir a verdade?”

Contudo, entendemos que neste caso o conflito não se dá entre duas regras, mas entre dois princípios que, de acordo com o conceito adotado, demandam a realização de direitos *na maior medida do possível, consideradas a realidade fática e jurídica existente*.⁸⁰ A solução para o caso hipotético demanda o sopesamento entre os princípios que ditam a necessidade de o médico dizer a verdade a seu paciente e aquele que o obriga a empregar todos os meios necessários à cura do doente, vencida a situação o clínico mantém válidas as suas normas de conduta.

Ora, não se está defendendo que o médico minta para seu paciente, mas é certo que nem sempre há tempo para que lhe sejam explicados todos os detalhes de seu estado clínico. Eventualmente podem surgir situações em que a gravidade do quadro clínico demande que o médico tome decisões sem informar a seu paciente ou mesmo à sua família com o fim maior de preservar a vida do paciente.⁸¹

O segundo exemplo⁸² impõe o conflito entre duas regras referentes ao direito social de saúde. A primeira proíbe a concessão de decisão satisfativa em caráter liminar em face da Fazenda Pública (art. 1º da Lei 9.494/97⁸³). A segunda regra determina que o Estado forneça, sem custos para o paciente, medicamentos excepcionais, indispensáveis à vida de alguém (art. 1º da Lei 9.908/1993⁸⁴ do Estado do Rio Grande do Sul).⁸⁵

⁸⁰ VIRGILIO AFONSO DA SILVA (*"Direitos Fundamentais (...)" op. cit.*, p. 61) compara o exemplo das regras do Código de Ética Médica à seguinte situação hipotética: "Duas normas regem a vida de uma pessoa (José): cumprir promessas e ajudar os amigos. Se José promete ir ao aniversário de um amigo, mas, quando estava a caminho, recebe um pedido desesperado de ajuda de outro amigo que está muito deprimido por problemas em seus relacionamentos pessoais e precisa desabafar, José vê-se diante de uma situação em que apenas uma de suas normas de conduta pode ser realizada. Cabe a ele ponderar e decidir. Isso não significa, contudo, que alguma dessas normas tenha deixado de reger a vida de José. Certo que não. Isso porque ambas são normas que impõe deveres *prima facie* que, na situação concreta, em caso de colisão, deverão assar por um processo de ponderação, para que se decida qual deverá prevalecer. Em outras situações de colisão a decisão poderá ser diferente. (...) tais normas têm a estrutura de princípios (...)".

⁸¹ Não obstante o exemplo considerado há que se ressaltar que o conflito entre princípios apenas se verifica quando não existe risco iminente de morte do paciente. É que o art. 31 do Código de Ética Médica do Brasil impõe exceção ao direito do paciente ou de seu representante legal de decidirem livremente acerca das práticas diagnósticas ou terapêuticas quando existir risco iminente de morte. Nestes casos, conforme já defendido nesta dissertação, prevalecerá a regra do art. 31 sobre os princípios colidentes, podendo o médico decidir acerca do diagnóstico e empregar tratamento para preservar a vida do paciente.

⁸² Cf. HUMBERTO ÁVILA. *"Teoria dos Princípios: (...)" op. cit.*, p. 45.

⁸³ BRASIL. Lei nº 9.494/1997 de 10 de setembro de 1997.

⁸⁴ RIO GRANDE DO SUL, Brasil. Lei Estadual nº 9.908/93 de 16 de junho de 1993.

⁸⁵ HUMBERTO ÁVILA (*"Teoria dos Princípios (...)" op. cit.*, p. 45) defende que "Embora essas regras instituem comportamentos contraditórios, uma determinando o que a outra proíbe, elas ultrapassam o conflito abstrato mantendo sua validade. Não é absolutamente necessário declarar a nulidade de uma das regras, nem abrir uma exceção a uma delas. (...) O que ocorre é um conflito concreto entre as regras, de tal sorte que o julgador deverá atribuir um peso maior a uma das duas, em razão da finalidade que cada uma delas visa a preservar (...) trata-se de um conflito entre regras, cuja solução (...) depende de uma ponderação entre as finalidades que estão em jogo".

Quanto a este segundo exemplo, desde que assumamos tais leis como constitucionais, entendemos que o aparente conflito se resolve no plano da especialidade da Lei 9.908/1993 que, em verdade, instituiu uma exceção à Lei 9.494/1997, ou seja, se o requerente corre risco de vida impõe-se ao Estado o fornecimento da medicação necessária, inclusive através de medida liminar. Em casos em que o risco à vida do paciente não se verifique aplicar-se-á a Lei 9.494/97.⁸⁶

É certo que poderão ser apontados outros exemplos de casos hipotéticos em que se defenda a ponderação de regras, contudo, entendemos que existem critérios lógicos⁸⁷ de solução para esses conflitos sem o abandono do conceito de regras defendido.

É importante ter em conta que não defendemos um modelo de regras e princípios que limite a diferença entre estas normas na facilidade ou dificuldade na sua interpretação ou mesmo na generalidade de seus termos⁸⁸. Contudo, isto não implica em abandono dos conceitos aqui defendidos, mas de sua reafirmação e esclarecimento.

Ora, defender a aplicação da norma de espécie regra sob uma forma de “tudo ou nada” por “subsunção” não significa dizer que isto ocorrerá de “imediato” ou “facilmente”. Certamente a aplicação de regras também demandará esforço interpretativo dos juristas (como se verá no tópico que trata da colisão entre regra e princípio). Contudo, impende ressaltar que as regras são aplicáveis desde uma primeira interpretação do texto normativo, enquanto os princípios ainda poderão entrar em colisão no caso concreto a demandar seu sopesamento.⁸⁹

A ponderação, ponto que será analisado no capítulo seguinte, objetiva a solução de um conflito entre princípios com a instituição de uma regra a ser aplicada por subsunção no caso concreto. Neste sentido, assumir a utilização da ponderação para conflitos entre regras significaria a criação de uma regra da regra.⁹⁰

⁸⁶ Cf. VIRGILIO AFONSO DA SILVA, “Direitos Fundamentais (...)” op. cit., p. 62.

⁸⁷ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS. “Curso de (...)” op. cit. p. 456.

⁸⁸ Cf. HUMBERTO ÁVILA. “A distinção (...)” op. cit., p. 161; Idem. “Teoria dos Princípios (...)” op. cit., p. 45 ss.

⁸⁹ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (“Princípios e regras (...)” op. cit., p. 616-617) explica que: “[...] texto e norma não se confundem, pois o primeiro é apenas um enunciado linguístico, enquanto que a norma é o produto da interpretação desse enunciado. [...] A distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas e não entre dois tipos de textos. É por isso que tanto as regras quanto os princípios pressupõem uma interpretação prévia. Isso não significa, contudo, que ambos tenham a mesma estrutura. Após a interpretação em sentido estrito, uma regra jurídica é já subsumível, enquanto que os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios, exigindo-se, nesse caso, que se proceda a um sopesamento para harmonizá-los”. Cf. do mesmo autor: “Direitos Fundamentais (...)” op. cit., p. 59-60.

⁹⁰ LENIO LUIZ STRECK. “Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica”. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 287, nota de rodapé nº 17.

Esta consequência, por ilógica, deve ser afastada, devendo o sopesamento se limitar, como anteriormente analisado, a casos de colisão entre princípios. Tal distinção garante segurança e coerência ao ordenamento jurídico e será importante em momento posterior em que analisaremos a jurisprudência e a legislação sobre o assunto.

1.4.3 – COLISÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Conflitos normativos, como abordamos neste trabalho, não se limitam a conflitos de regras e colisões entre princípios. Ora, sendo o ordenamento jurídico composto de regras e princípios é lógico concluir que também estas duas espécies de normas possam entrar em colisão entre si a demandar do intérprete uma solução.

Em momento anterior adotamos o conceito de regras como normas que garantem direitos ou impõe deveres que devem ser realizados na forma prevista pela regra, desde que válida. Princípios, a seu turno, foram conceituados como normas dotadas de elevado grau de indeterminação que traduzem valores da sociedade no ordenamento jurídico com vias de realização na maior medida possível, consideradas as condições fáticas e jurídicas.⁹¹

Neste sentido, torna-se importante, primeiramente, afastar a aplicação das duas formas de solução de conflitos normativos até aqui estudadas.

Certo é que um sopesamento entre regra e princípio mostra-se inviável. A uma porque regras não possuem a dimensão de peso⁹² própria dos princípios e necessária para o sopesamento. A duas porque a possibilidade de regras válidas e aplicáveis serem afastadas implicaria em abandono do conceito de regras como normas que impõe deveres ou direitos definitivos.

Da mesma forma, resolver o conflito no plano da validade implicaria na extirpação do ordenamento jurídico daquele princípio que houvesse por ceder no caso concreto, mesmo que, sob outras condições jurídicas e fáticas, em outro caso concreto pudesse ser tido por válido e aplicável.⁹³

⁹¹ Ver 1.3 – Conceitos adotados: regras e princípios.

⁹² Cf. RONALD DWORKIN. “*Taking (...)*”, *op. cit.*, p. 26

⁹³ Cf. VIRGILIO AFONSO DA SILVA, “*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 51

Virgílio Afonso da Silva pontua que a resposta mais comumente dada a este conflito baseia-se em duas notas de rodapé de dois trabalhos de Robert Alexy.⁹⁴ O jurista alemão defende a necessidade de um sopesamento entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia.

Tal solução pode se mostrar problemática, mormente diante do art. 489, §2º do novo Código de Processo Civil brasileiro (o qual abordaremos em tópico próprio), posto que poderia dar ensejo ao entendimento de que o jurista possui ampla liberdade para opor um princípio a uma regra e, conseqüentemente, determinar o seu afastamento no caso concreto.⁹⁵

Com efeito, sendo as regras reconduzidas a princípios podemos entender que são elas frutos de sopesamento abstrato do próprio legislador quando do ato de sua elaboração. Isto se explica por ser o processo legislativo um procedimento democrático em que colaboram diversos atores políticos e civis com suas visões de mundo, pensamentos e princípios muitas vezes contraditórios. Ademais, no processo de elaboração de uma lei o legislador deve ter em conta o ordenamento jurídico que busca alterar através de sua contribuição.

A regra, fruto deste sopesamento em abstrato, não colide contra um princípio, mas *restringe-o*⁹⁶. Ela prevalece, portanto, sobre o princípio, sendo aplicada por subsunção.⁹⁷

Este é o caso, por exemplo, do Recurso Extraordinário 153.531⁹⁸, julgado pelo STF em 03 de junho de 1997, que ficou conhecido na jurisprudência brasileira como o caso da “Farra do Boi”, postulado por associação de defesa dos animais em face do Estado de Santa Catarina.⁹⁹

Os postulantes pretendiam, através do recurso extraordinário, que o STF, em última instância, proibisse que se realizasse naquele estado a denominada “Farra do Boi”,

⁹⁴ Cit. por VIRGILIO AFONSO DA SILVA, “Direitos Fundamentais (...)” *op. cit.*, p. 52. Também neste sentido, EROS ROBERTO GRAU (“A ordem (...)”, *op. cit.*, p. 122) rejeita a antinomia entre princípios e regras. Pontua que as regras jurídicas dão concretude aos princípios de forma que a colisão entre princípio e regra, em verdade, trata-se de uma colisão de princípios. Explica: “[...] quando, em confronto dois princípios, um prevalece sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas; não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente, no ordenamento jurídico”.

⁹⁵ Cf. VIRGILIO AFONSO DA SILVA, “Direitos Fundamentais (...)” *op. cit.*, p. 52.

⁹⁶ Sobre restrições por meio de regras ver VIRGILIO AFONSO DA SILVA, “Direitos Fundamentais (...)” *op. cit.*, p. 141-142.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 52.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE nº 153.531/SC. Relator Ministro Marco Aurélio. DJU, Brasília, 13 de março de 1998.

⁹⁹ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS. “Curso de (...)” *op. cit.*, p. 240.

prática em que o animal é levado até um local ermo onde é solto e os participantes do evento iniciam a “farra”. Ocorre que tal “farra” consiste no deferimento de socos, pontapés e outras agressões com pedaços de madeira. Após o fim da “farra” o boi, exausto, é muitas vezes abandonado e tem de ser sacrificado pelas autoridades que o encontram. Tal prática tida como cruel implicaria em violação à regra constitucional do art. 225, VII da Constituição Brasileira.¹⁰⁰

De outro lado, o Estado de Santa Catarina, localizado na região Sul do Brasil, argumentava que a “Farra do Boi” se tratava de uma manifestação cultural, parte do folclore da região litorânea do estado, trazida junto à intensa leva de imigrantes açorianos durante o século XVIII a ser preservada, devendo os “excessos” serem coibidos pelo Estado.¹⁰¹

Como se depreende, estavam em causa, de um lado, regra constitucional proibitória e, de outro, princípios de proteção à cultura como pressuposto à promoção da dignidade da pessoa humana, da cidadania e de uma sociedade livre, justa e igualitária.¹⁰²

Ao fim, dando preferência à regra proibitiva, decidiu o Supremo Tribunal Federal que a “Farra do Boi” ultrapassava os limites de uma manifestação cultural devendo o Estado de Santa Catarina empregar meios legislativos e administrativos para impedir qualquer prática que submeta os animais à crueldade.¹⁰³

¹⁰⁰ Cf. os votos dos Ministros FRACISCO REZEK, MARCO AURÉLIO e NÉRI DA SILVEIRA no RE 153.531.

¹⁰¹ Cf. neste sentido o voto do Ministro MAURÍCIO CÔRREA no RE 153.531.

¹⁰² Cf. o voto do Ministro NÉRI DA SILVEIRA no RE 153.531.

¹⁰³ Aqui é importante a leitura do voto do Ministro MARCO AURÉLIO no Recurso Extraordinário nº 153.531/SC: “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 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 [...]. 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 coibir esse procedimento. Não vejo como chegar-se à posição intermediária. A distorção alcançou tal ponto que somente uma medida que obstaculize terminantemente a prática pode evitar o que verificamos neste ano de 1997. O Jornal da Globo mostrou um animal ensanguentado e cortado invadindo uma residência e provocando ferimento em quem se encontrava no interior. Entendo que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso VII do art. 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 das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal”.

Os princípios, portanto, não possuem prevalência sobre as regras¹⁰⁴, podendo elucidar seu significado e, em alguns casos, como ocorreu em Portugal¹⁰⁵, serem afastados por regras. Ocorre é que as regras possuem precedência sobre os princípios, a não ser que existam razões jurídicas e fáticas suficientes para que tal primazia seja afastada.¹⁰⁶

Tais razões podem levar a um questionamento acerca da constitucionalidade da regra. Nestes casos, a solução passa pela declaração de constitucionalidade, caso em que a regra deverá ser aplicada por subsunção, ou na declaração de sua inconstitucionalidade em face de um princípio mais importante naquela situação que aquele considerado pelo legislador no momento de elaboração da regra. Neste caso a regra declarada inconstitucional é afastada e a antinomia desaparece.¹⁰⁷

Haverá, contudo, casos em que a constitucionalidade da regra não estará em causa, posto que não verificável em abstrato a sua colisão com um princípio constitucional que possua premência, mas que a sua simples aplicação por subsunção levaria a situação incompatível com o arcabouço constitucional.

Exemplo dessa hipótese é o caso que ficou conhecido como “Gerald Thomas”.¹⁰⁸ Ocorreu que no dia 17 de agosto de 2003 era encenado no Teatro Municipal do Rio de Janeiro a peça “Tristão e Isolda” com direção de Gerald Thomas. A apresentação foi encerrada por volta de 02:00 horas da madrugada sob fortes vaias do público. Inconformado com as manifestações negativas de sua plateia, o diretor da peça, Sr. Gerald Thomas, praticou ato obsceno consistente na simulação de masturbação e, ato contínuo, arriou suas calças e mostrou as nádegas nuas ao público presente, sendo por isso enquadrado na conduta tipificada no art. 233 do Código Penal brasileiro¹⁰⁹

¹⁰⁴ ROBERT ALEXYS (“*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p. 140) elucida que: “[...]do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras” posto que a decisão a favor de princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência e é, por isso, compatível com regras bastante distintas. ” Também neste sentido CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de (...)*”, *op. cit.*, p. 455; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. “*Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*”. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 169.

¹⁰⁵ O art. 292 da Constituição Portuguesa manteve em vigor as leis constitucionais anteriores (Lei 8/75, com as alterações trazidas pelas leis 16/75 e 18/75) que estabeleceu punições aos responsáveis, funcionários e colaboradores da Direção Geral de Segurança e da Polícia Internacional e de Defesa do Estado, órgãos do regime ditatorial existente em Portugal até a Revolução de 25 de abril de 1974. Neste caso, há uma exceção implícita do princípio da legalidade enunciado no art. 29. (Cf. JORGE MIRANDA. “*Da Revolução à Constituição: memórias da Assembleia Constituinte*”. Cascais: Princípiã, 2015, p. 47-70; CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de (...)*”, *op. cit.*, *ult. loc. cit.*)

¹⁰⁶ ROBERT ALEXYS. “*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p. 141.

¹⁰⁷ Cf. VIRGILIO AFONSO DA SILVA, “*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁸ Cit. por VIRGILIO AFONSO DA SILVA, “*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 53/54.

¹⁰⁹ Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. (BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 8.848 de 7 de dezembro de 1940.)

Não obstante, é de se considerar que ainda que a conduta se enquadre no tipo penal estaria ela também protegida pelo princípio de liberdade de expressão, o que não significa dizer que a regra penal devesse ser declarada inconstitucional, uma vez que em outros casos ela seria plenamente aplicável. Neste sentido, afastar-se a aplicação da regra em face do princípio da liberdade de expressão implicaria em relativização da imperatividade própria das regras.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro decidiu a questão através do *Habeas Corpus* nº 83.996¹¹⁰ em que considerou a conduta do diretor *atípica* devido às circunstâncias verificadas no caso concreto.¹¹¹

É importante notar que neste caso, ainda que diante de uma colisão entre uma regra e um princípio, não ocorreu a primazia deste sobre aquela. Não se entendeu que a manifestação do paciente do Habeas Corpus fosse obscena a atrair a aplicação da regra penal, mas que, sendo o princípio da liberdade de expressão mais importante, haveria de ser afastada a sanção penal. Ao revés, o STF entendeu que a conduta do paciente não se enquadrava no tipo penal, mas que estaria *inserida no contexto de liberdade de expressão*.¹¹²

Certamente poder-se-ia apontar exemplos de casos mais difíceis¹¹³ a questionar a definição de regras e princípios aqui adotadas, inclusive, como abordado anteriormente,

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no HC 83.996/RJ. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJU, Brasília, 26 de agosto de 2005.

¹¹¹ Neste sentido é elucidante o voto do Ministro GILMAR MENDES no HC 83.996: “Não quer me parecer que, na hipótese, esteja configurado o crime de que cuida a denúncia. No caso em apreço, ainda que se cuide, talvez, de manifestação deseducada e de extremo mau gosto, tudo está a indicar um protesto ou uma reação – provavelmente grosseira - contra o público. (...). Não se trata, também, de um gesto totalmente fora do contexto da própria peça teatral. (...). Com efeito, não se pode olvidar o contexto no qual se verificou o ato incriminado. O roteiro da peça, ressalte-se, envolveu até uma simulação de masturbação. Estava-se diante de um público adulto, às duas horas da manhã, no Estado do Rio de Janeiro. Difícil, pois, nesse contexto admitir que a conduta do paciente tivesse atingido o pudor público. A rigor, um exame objetivo da querela há de indicar que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada ou deseducada. De resto, observe-se que a sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios a esse tipo de situação, como a própria crítica, sendo dispensável, por isso, o enquadramento penal. (...). Portanto, não estão configurados os elementos caracterizadores de ato obsceno”.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 83.996. No mesmo sentido VIRGILIO AFONSO DA SILVA (“Direitos Fundamentais (...)” *op. cit.*, p. 54) ressalva, sem refutar estes argumentos, que “*poder-se-ia dizer também que um eventual sopesamento entre os princípios envolvidos deu mais peso à liberdade de expressão*”. Contudo, concordamos que o argumento não é capaz de infirmar os conceitos até aqui expostos. Esta posição é, inclusive, fortalecida pelos próprios fundamentos utilizados pelos ministros vencidos no *habeas corpus* ao decidirem por negar a concessão da ordem devido à tipicidade da conduta imputada ao paciente.

¹¹³ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (“Direitos Fundamentais (...)” *op. cit.*, p. 55/56) cita o seguinte exemplo: “Em alguns casos (...) é necessário incluir uma conduta, um estado ou uma posição jurídica na proteção de um direito fundamental, mas tal inclusão esbarra em um preceito contrário de uma regra. Um caso muito frequente nesse sentido é o levantamento dos valores da conta do Fundo de Garantia do Tempo de

doutrinadores a defenderem a ponderação de regras¹¹⁴. Contudo, entendo que ainda nos casos difíceis a solução para eventuais conflitos normativos passa ao largo de qualquer ponderação de regras ou prevalência de princípio sobre regra.

A solução, portanto, poderá ser encontrada através de critérios lógicos¹¹⁵ ou mesmo através de um sopesamento em sede de *interpretação* da regra como forma de argumentação jurídica e não na *aplicação* da regra.¹¹⁶

Assim, forte nos conceitos estabelecidos e tecidas estas primeiras considerações acerca de conflitos normativos é chegado o momento de nos aprofundar no estudo do sopesamento ou, como também é denominada, a regra da ponderação.

Serviço/FGTS para pagar o tratamento de saúde de um dependente do titular da conta. A Lei 7.670/1988, em seu art. 1º, II, autorizava esse levantamento para os casos em que o titular da conta era portador do HIV. A partir de determinado momento os juízes passaram a se deparar com pedidos de levantamento dos valores para o pagamento de tratamento de seus dependentes. A regra prevista na lei não poderia ser aplicada ao caso, já que não previa o benefício para aquelas situações. Muitos viam aí uma colisão entre o direito à vida e a regra que restringia o uso do dinheiro do FGTS. Com base nessa ideia, muitos juízes passaram a permitir o levantamento dos valores mesmo contra a regra legal. Como se percebe, essa estratégia pode ser considerada como um sopesamento entre o princípio que sustenta a regra e o princípio com ela colidente, mas quando muito em uma primeira decisão, que, ao menos inicialmente, é uma decisão “*contra legem*”. Não é, contudo, um sopesamento que se repete a cada decisão. Isso porque, uma vez consolidado o entendimento em determinado sentido, cria-se uma regra que institui exceção à regra proibitiva. (...). Por isso, pode-se dizer que essa é uma regra como outra qualquer, que é o produto do sopesamento entre dois princípios. A única diferença é que ela não decorre de uma disposição legal, mas de uma construção jurisprudencial. Mas seu processo de surgimento – sopesamento entre princípios - e aplicação – subsunção – é o mesmo”.

¹¹⁴ HUMBERTO ÁVILA. “*Teoria dos Princípios: (...)*” *op. cit.*, p. 44 e ss.

¹¹⁵ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de (...)*” *op. cit.*, p. 456.

¹¹⁶ Cf. VIRGILIO AFONSO DA SILVA. “*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 54.

2 – A PONDERAÇÃO

A Constituição é um sistema aberto¹¹⁷ de regras e princípios que podem entrar em conflito em diferentes graus, uma vez que no âmbito das condições jurídicas, a realização de um princípio encontra barreira na proteção de outro princípio ou de outros princípios. No caso das regras, que determinam condutas imperativas, a sua aplicação não depende das condições jurídicas do caso concreto e é dessa diferença de estrutura que decorrem as diferentes formas de aplicação das normas jurídicas: a subsunção e o sopesamento.¹¹⁸

Em capítulo anterior analisamos os diferentes tipos de conflitos normativos¹¹⁹ possíveis em um sistema de regras e princípios e os tipos de soluções indicadas para o conflito entre regras, a colisão entre princípios e a colisão entre regra e princípio, sendo o sopesamento (ponderação) o método indicado para a solução de conflito entre princípios em *tensão*, vez que tem em consideração o *peso*¹²⁰ que cada princípio assume no caso concreto. Abordamos também a possibilidade de, em situações de colisão entre regra e princípio, utilização da ponderação como método de *interpretação* da regra para solução do conflito normativo.

É chegado, portanto, o momento de nos debruçarmos sobre a ponderação. Esta que é por vezes entendida como técnica, por vezes como princípio, mas idealizada por Alexy como uma regra ou, na denominação alemã, como *máxima da proporcionalidade*¹²¹ foi recepcionada pela doutrina e pela jurisprudência constitucional de Portugal e Brasil de formas, muitas vezes, equivocadas.¹²²

Este equívoco se dá, inclusive em relação à contribuição de Ronald Dworkin e de Robert Alexy para a discussão acerca do sopesamento. É verdade que o professor americano reconhece uma dimensão de peso aos princípios a ser avaliada no caso

¹¹⁷ J. J. GOMES CANOTILHO. “Direito Constitucional (...)” *op. cit.*, p.1162-1164

¹¹⁸ Ver 1.3 – Conceitos adotados: regras e princípios.

¹¹⁹ Cf. CARLA HUERTA OCHOA. “*Conflictos normativos*”. México: UNAM, 2003.

¹²⁰ Ver nota de rodapé nº 64.

¹²¹ Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. “*O Proporcional e o Razoável*”. Revista dos Tribunais, v. 91, n. 798, 2002, p. 23-50; Idem. “*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 167-168; ROBERT ALEXY. “*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p. 116-117.

¹²² LENIO LUIZ STRECK. “*Jurisdição Constitucional (...)*” *op. cit.*, p. 285-287; BERNARDO GONÇALVES FERNANDES. “*Curso de Direito Constitucional*”. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 225-226.

concreto através de um *balancing*, mas não no sentido de *ponderação* proposto por Alexy.¹²³

Assim, passemos a analisar a contribuição destes dois grandes juristas para, a seguir, nos aprofundar no estudo da ponderação e de sua aplicação pela jurisprudência.

2.1 – A PONDERAÇÃO EM DWORKIN

Dworkin reconhece aos princípios, como já abordado, uma *dimensão de peso* que não se verifica nas regras. Em uma mesma situação, por vezes, pode se verificar a aplicação de princípios diferentes e colidentes, sendo o conflito resolvido de acordo com a consideração do *peso* de cada um.¹²⁴ Isso não se faz, contudo, por meios de critérios de mensuração de peso exatos, mas segundo a consideração da importância de um princípio (o seu peso) em uma determinada situação.¹²⁵

Ademais, é importante ressaltar que a teoria dworkiana não se limita a uma diferenciação entre regras e princípios, mas propõe uma terceira forma de norma, qual seja a *política*. Enquanto princípios (como o da liberdade, igualdade ou da proteção da confiança), descrevem direitos das pessoas e da sociedade baseados em critérios de justiça, equidade e de respeito à dignidade da pessoa humana; a *política* (como de aumento de exportações, da reforma agrária ou da reforma urbana) estabelece metas a serem alcançadas, em maior ou menor grau¹²⁶, pelo processo político para a produção de uma situação social e econômica desejável, podendo, contudo, serem afastadas ante os princípios.¹²⁷

¹²³ EMÍLIO PELUSO NEDER MEYER. “A decisão no controle de constitucionalidade”. São Paulo: Método, 2008, p. 280; LENIO LUIZ STRECK. “Jurisdição Constitucional (...)” *op. cit.*, p. 285.

¹²⁴ RONALD DWORKIN. “Taking (...)” *op. cit.*, p. 26.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 27.

¹²⁶ Neste ponto BERNARDO GONÇALVES FERNANDES (“Curso de (...)” *op. cit.*, p. 244) reconhece às políticas o sentido que Alexy proporá aos princípios, explica: “As diretrizes políticas sim, adquirem o sentido e a aplicação que em Alexy se quer dar aos princípios. Enquanto conteúdos relativos, elas podem ser ponderadas e aplicadas em diferentes graus, mas não os princípios”.

¹²⁷ DWORKIN pontua a diferença entre princípios e políticas: “Principles are propositions that describe rights; policies are propositions that describe goals” (RONALD DWORKIN. “Taking (...)”, *op. cit.*, p. 90) Em continuação, exemplifica: “It seems natural to say, for example, that freedom of speech is a right, not a goal, because citizens are entitled to that freedom as a matter of political morality, and that increased munitions manufacture is a goal, not a right, because it contributes to collective welfare, but no particular manufacturer is entitled to a government contract”. Contudo, alerta, os argumentos de política não podem vencer argumentos de princípios. (“Taking (...)”, *op. cit.*, p. 85).

Os princípios são reconhecidos como de grande importância para a solução de *casos difíceis* em que as regras não são suficientes para uma resposta segura¹²⁸. Regras seriam aplicáveis em um modo “*tudo ou nada*” enquanto princípios dependeriam de uma ponderação a ser exercida pelo julgador que tivesse em conta a “*dimensão de peso*” de cada um para decidir qual deve prevalecer e qual deve ceder no caso concreto.¹²⁹

Contudo, ponderar, neste caso, não assume o significado proposto por Alexy¹³⁰. Ponderar implica em uma reflexão a ser exercida pelo intérprete, ou seja, em “*ponderar sobre os princípios*” em concorrência e não em uma “*ponderação dos princípios*”¹³¹. Esta ponderação, essa reflexão, deve ter em conta a leitura que a própria comunidade faz de sua história jurídica. Deve-se buscar a construção de um esquema coerente de justiça e equidade ao qual Dworkin denomina *integridade*. Consequentemente, a integridade no direito é produto da interpretação e da prática jurídica ao mesmo tempo em que é fonte para decisão de novos casos concretos.¹³²

Na tentativa de ilustrar a aplicação do direito à luz da integridade Dworkin utiliza-se da metáfora do “*romance em cadeia*”¹³³. Prega-se que na atividade judicante cada juiz é um *romancista* a escrever um *capítulo* de uma *obra coletiva*. Nesta empreitada, o magistrado exerce a função de autor e crítico do *romance* em elaboração devendo, antes de dar o seu contributo, estudar os *capítulos* anteriores para que o *capítulo* acrescentado

¹²⁸ RONALD DWORKIN. “*Levando os direitos (...)*” *op. cit.*, p. 131-132.

¹²⁹ *Ibid*, p. 39-43.

¹³⁰ ALEXANDER ALEINIKOFF (“*Constitutional Law in the age of balancing*”. Yale Law Journal, v. 96, n. 5, 1987) analisa como a jurisprudência norte-americana, contexto em que Dworkin se insere, têm utilizado o “*balancing*” e verifica que “*In sum, balancing is not inevitable. To balance the interest is not simply to be candid about how our minds – and legal analysis – must work. It is to adopt a particular theory of interpretation that requires justification*” (p. 1001). Ponderar significa “[...] a judicial opinion that analyzes a constitutional question by identifying interest implicated by the case and reaches a decision or constructs a rule of constitutional law by explicitly or implicitly assigning values to the identified interest” (p. 945).

¹³¹ BERNARDO GONÇALVES FERNANDES. “*Curso (...)*” *op. cit.*, p. 245.

¹³² RONALD DWORKIN (“*O Império do Direito*”. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 273-274) explica que: “O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (...) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. (...) Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer”.

¹³³ RONALD DWORKIN. “*Law’s Empire (...)*” *op. cit.* p. 228 e ss.

se integre perfeitamente à história até ali contada e, ao mesmo tempo, abra-se a novas contribuições.¹³⁴

Reconhecendo a dificuldade de sua proposição aponta o juiz Hércules como um personagem dotado de tempo e capacidade infinitos, capaz de ter em conta todo o ordenamento jurídico, inclusive ponderando sobre princípios aplicáveis e interpretações possíveis para então revelar a solução correta para o caso concreto.¹³⁵

Admite-se que as convicções pessoais do juiz influam no processo de interpretação, mas o Direito como integridade serviria de obstáculo a essa interferência¹³⁶ ao exigir adequação das decisões para que se mostre “*a comunidade em sua melhor luz*”¹³⁷

Assim, a resposta correta haveria de ser encontrada através de um compromisso inicial com a integridade que propiciaria a escolha da interpretação mais equitativa e justa ao caso concreto.¹³⁸

Em Dworkin verificamos que a busca da resposta correta não prescinde de justificação da decisão. Princípios são passíveis de ponderação, ou melhor, de reflexão, mas desde que devidamente justificada a fim de se satisfazer as exigências do Direito como integridade. Tais exigências levam à conclusão de inexistência de colisão entre princípios ao demonstrar que, verdadeiramente, apenas um princípio é aplicável ao caso concreto e, conseqüentemente, da impossibilidade de uma ponderação livre pelo aplicador do direito.¹³⁹ A ponderação em Dworkin, portanto, difere-se bastante do sopesamento proposto por Alexy que, a seguir, passaremos a analisar.

¹³⁴ RONALD DWORKIN. “*O Império (...)*” *op. cit.*, p. 276.

¹³⁵ RONALD DWORKIN descreve o juiz Hércules em “*Taking (...)*” *op. cit.*, p. 105 da seguinte forma: “I have invented, for this purpose, a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen, whom I shall call Hercules.” Cf. a defesa que LENIO LUIZ STRECK faz do juiz Hércules em: “*Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*”. 11ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014c, p. 433-438.

¹³⁶ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. “*Juízo de ponderação (...)*” *op. cit.*, p. 152/153.

¹³⁷ RONALD DWORKIN. “*O Império (...)*” *op. cit.*, p. 307.

¹³⁸ *Ibid*, p. 314.

¹³⁹ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (“*Juízo de ponderação (...)*” *op. cit.*, p. 153) explica que “A pretensão de correção normativa de Dworkin, assim, não dispensa a justificação da decisão, que demonstre a escolha de uma norma válida e também adequada, de modo a tornar patente a satisfação das exigências do Direito como integridade. Assim, estaria assentada a legitimidade da deliberação. A reconstrução do caso concreto mostraria o princípio adequado para a espécie. Essa justificação será crucial. Não há, nessa perspectiva, uma ponderação livre a ser estabelecida pelo aplicador do Direito entre mais de um princípio aplicável, porque apenas um é o que deve decidir”.

2.2 – A PONDERAÇÃO EM ALEXY

Robert Alexy trata a ponderação de uma forma totalmente diversa. Em seus estudos, Alexy reconhece aos princípios, mandamentos de otimização¹⁴⁰, uma dimensão de peso a ser verificável no caso concreto através de um sopesamento. Este sopesamento, também chamado por ponderação, como se verá, apenas ocorre em uma etapa final da argumentação jurídica que tem a proporcionalidade como regra para solução de colisão entre princípios.

Como já abordado neste trabalho, isto decorre da visão alexyana que nega a possibilidade de uma única resposta correta¹⁴¹, apenas alcançável em um sistema jurídico que contivesse uma lista completa dos princípios existentes e das relações de prioridade em abstrato e em concreto entre tais princípios.¹⁴²

Alexy não acredita na possibilidade de existência de tal sistema que *a priori* forneça uma lista fechada e predeterminada de princípios hierarquizados.¹⁴³ Em seus estudos, o professor alemão propõe uma “*versão débil*”¹⁴⁴ da única resposta correta em que esta serve como um ideal a ser buscado pelos participantes do discurso jurídico¹⁴⁵ que, independentemente da existência ou não, devem pretender que a sua o seja.¹⁴⁶

Alexy busca através de seus estudos estruturar o discurso jurídico de um modo capaz de dar racionalidade à deliberação jurídica,¹⁴⁷ mormente quando em causa direitos fundamentais e a colisão entre eles. O método da ponderação proposto para a solução de conflitos entre princípios tem sua racionalidade assegurada, dentro da teoria da argumentação, por ser exatamente expressão da argumentação jurídica.¹⁴⁸

¹⁴⁰ ROBERT ALEXY. “*Teoría de los (...)*”, *op. cit.*, p. 68.

¹⁴¹ Idem. “*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p. 164; VIRGILIO AFONSO DA SILVA. “*A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*”. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 121.

¹⁴² ROBERT ALEXY. “*Sistema jurídico (...)*” *op. cit.*, p. 145.

¹⁴³ Idem. “*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p.162.

¹⁴⁴ Idem. “*Sistema jurídico (...)*” *op. cit.*, p. 140.

¹⁴⁵ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. “*Juízo de ponderação (...)*” *op. cit.*, p. 159.

¹⁴⁶ ROBERT ALEXY. “*Sistema jurídico (...)*” *op. cit.*, p. 151; VIRGILIO AFONSO DA SILVA (“*A Constitucionalização (...)*” *op. cit.*, p. 121) explica que essa necessidade de “busca” e “pretensão de possuir a resposta correta” instada aos participantes do discurso jurídico advém do próprio conceito de princípio como mandamento de otimização, eis que: “O que o conceito de mandamento de otimização impõe é o que se pode chamar de ideia regulativa, ou seja, uma ideia que sirva para guiar a argumentação em um sentido. Várias podem ser as respostas que satisfaçam as exigências de otimização. Quanto maior o número de variáveis – e de direitos – envolvidos em um caso concreto, maior tenderá a ser a quantidade de respostas que satisfação o critério de otimização”.

¹⁴⁷ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. “*Juízo de ponderação (...)*” *op. cit.*, p. 165.

¹⁴⁸ ROBERT ALEXY. “*Teoria dos direitos (...)*”, *op. cit.*, p. 165; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. “*Juízo de ponderação (...)*” *op. cit.*, p. 166.

A sua teoria de princípios completa-se com a ponderação, segundo uma hierarquia de valores construída sob determinadas circunstâncias. Pressupõe-se, para isso, a existência de dois elementos, a saber, um sistema de preferências *prima facie* a favor de determinados valores ou princípios e um conjunto de decisões concretas de preferências, alcançadas através de ponderações anteriores.¹⁴⁹

É que, diferentemente a como a jurisprudência brasileira comumente aplica a teoria alexyana,¹⁵⁰ há uma pretensão de universalidade da teoria de princípios. Em Alexy a discussão jurídica, em que se dá a ponderação, não se esgota com a ponderação de princípios em colisão no caso concreto, mas tem nessa colisão a gênese de uma *norma de direito fundamental atribuída*, que tem a característica de regra, a ser aplicada por subsunção no caso em análise e em casos futuros que guardem semelhança àquele anterior¹⁵¹, evitando-se, desta forma, o particularismo das decisões.¹⁵² Deduz-se daí a chamada *lei da colisão*¹⁵³ que será abordada novamente em momento oportuno.

É necessário, contudo, antes de nos aprofundarmos neste estudo, algumas considerações terminológicas sobre a proporcionalidade e a ponderação, muitas vezes tratadas como princípio e subprincípio, respectivamente.

¹⁴⁹ ROBERT ALEXY (“*Teoría de los (...)*” *op. cit.*, p. 134/135) esclarece que: “Como consecuencia, puede decirse, em general, que no es posible una orden de valores o principios que defina la decisión de derecho fundamental en todos los casos de una manera intersubjetivamente obligatoria. No obstante, la imposibilidad de exista una orden <<fuerte>>, de este tipo, no es un argumento en contra de la posibilidad de órdenes más <<débiles>> y, desde luego, tampoco en contra de la concepción de la ponderación. Es posible obtener órdenes débiles de dos maneras: (1) mediante preferencias *prima facie* a favor de determinados valores o principios y (2) mediante una red de decisiones concretas de preferencia. Se obtiene una orden de los valores de derecho fundamental relevantes, mediante preferencias *prima facie*, cuando, por ejemplo, se supone una carga de argumentación en beneficio de la libertad individual o de la igualdad o en beneficio de bienes colectivos”.

¹⁵⁰ Ver a crítica de LENIO LUIZ STRECK em “*Jurisdição Constitucional (...)*” *op. cit.*, p. 285-287 à forma equivocada como a doutrina e jurisprudência brasileira recepcionaram a teoria da argumentação alexyana.

¹⁵¹ Explica ROBERT ALEXY: “Uma norma de direito fundamental atribuída é uma norma para cuja atribuição é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Se é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais para a norma que se acaba de apresentar – algo que aqui se pressupõe –, então, ela é uma norma de direito fundamental. Ao mesmo tempo ela é uma regra, à qual se podem subsumir os elementos do caso concreto, como se fosse uma norma positiva. [...] Diante disso pode-se afirmar: como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido.” (“*Teoria dos direitos (...)*”, *op. cit.*, p. 102).

¹⁵² *Ibid*, p. 102-103; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. “*Juízo de ponderação (...)*” *op. cit.*, p. 170.

¹⁵³ ROBERT ALEXY (“*Teoria dos direitos (...)*”, *op. cit.*, p. 99) conceitua a Lei da Colisão como: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.

2.2.1 – REGRA, MÁXIMA, PRINCÍPIO OU POSTULADO? UMA DISTINÇÃO IMPORTANTE

Quando se trata da ponderação ou mesmo da proporcionalidade frequentemente se utiliza o conceito de princípio.¹⁵⁴ Não obstante a vasta doutrina que se posiciona neste sentido, entendemos ser esta uma denominação inadequada. É que a proporcionalidade e a ponderação simplesmente não se adequam ao conceito de princípio adotado neste trabalho.

Conforme conceituado em capítulo anterior, princípios são normas de caráter deontológico dotadas de elevado grau de indeterminação que traduzem valores da sociedade no ordenamento jurídico com vias de sua realização na maior medida do possível consideradas a realidade fática e jurídica existente.

Ora, como será demonstrado nos próximos tópicos, proporcionalidade e ponderação, têm a estrutura de uma regra¹⁵⁵, uma vez que impõe um dever definitivo de aplicação quando se verificar a sua incidência no caso concreto. Há aqui um *mandamus* de aplicação, ou seja, a proporcionalidade é aplicável no todo, independentemente de condicionantes fáticas e jurídicas.

Poder-se-ia, ainda, utilizar o termo “*máxima da proporcionalidade*”¹⁵⁶ juntamente às suas “*máximas parciais*”, sendo a ponderação uma delas. Dado que esta é a tradução direta do original alemão entendo que também poderá ser utilizada para se referir à proporcionalidade ou à ponderação, desde que se tenha em conta seu caráter cogente de aplicação para a solução de colisões entre princípios. A utilização do termo “*máxima*”, inclusive, por aludir a algo superior, talvez possa ser mais facilmente adotado por aqueles

¹⁵⁴ Cf. PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. “*Juízo de ponderação (...)*” *op. cit.*, p. 171; PAULO BONAVIDES. “*Curso de [...]*” *op. cit.*, p.401-405; GILMAR FERREIRA MENDES. “*Curso de (...)*” *op. cit.*, p. 215-223; LUIS ROBERTO BARROSO. “*O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*”. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 168; JORGE MIRANDA. “*Curso de Direito Constitucional*”, vol. I. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 298-299; J. J. GOMES CANOTILHO. “*Direito Constitucional (...)*” *op. cit.*, p. 268-269; CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de (...)*”, *op. cit.*, p. 473-475.

¹⁵⁵ Cf. VIRGILIO AFONSO DA SILVA, “*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 168; Idem. “*O Proporcional e (...)*” *op. cit.*, p. 26; HUMBERTO ÁVILA. “*A distinção entre (...)*” *op. cit.*, p. 169; LENIO LUIZ STRECK. “*Jurisdição Constitucional (...)*” *op. cit.*, p. 287.

¹⁵⁶ Cf. ROBERT ALEXANDER. “*Teoria dos direitos (...)*” *op. cit.*, p. 116-117. VIRGILIO AFONSO DA SILVA (“*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 168) posiciona-se contra a utilização do termo “*máxima da proporcionalidade*” em razão de: “[...] na linguagem jurídica brasileira, “*máxima*” não é um termo utilizado com frequência e, mais que isso, pode às vezes dar a impressão de se tratar não de um ‘dever’, como é o caso da aplicação da proporcionalidade, mas de uma mera ‘recomendação’”.

que entendem ser a proporcionalidade uma norma mais importante, uma *metanorma*¹⁵⁷ que orienta a aplicação de outras normas.

Todavia, Humberto Ávila, não se contentando com o enquadramento da proporcionalidade na categoria de regras, princípios ou máximas, propõe a adoção do termo “*postulado normativo aplicativo*”¹⁵⁸, vez que estaria acima de regras e de princípios orientando a sua estruturação. Defende que, mesmo entre aqueles que adotam a teoria alexyana, a proporcionalidade seria um tipo especial de regra e não uma regra comum, sendo a classificação como regra ou princípio mais confusa do que esclarecedora.¹⁵⁹

Virgílio Afonso da Silva¹⁶⁰, contudo, atenta para o fato de que não somente a proporcionalidade não se enquadra no conceito de regra de conduta ou de regra de atribuição de competência¹⁶¹, mas muitas outras regras também não se enquadram. Este é o caso, por exemplo, das regras para solução de antinomias: “*lex specialis derogat generali, lex superior derogat inferiori, lex posterior derogat priori*”.¹⁶²

Alinho-me com o professor Virgílio Afonso da Silva. A proporcionalidade é uma regra. A ponderação é uma regra. Poderíamos chama-las por máximas, mas não por princípios, uma vez que sua aplicação não se dá em maior ou menor medida no caso concreto. Se for o caso de sua aplicação ela se dá no todo.

Da mesma forma, não verifico necessidade de denominá-la por *postulado normativo aplicativo*. Ora, se se trata de uma regra por que não a chamar de regra? Meramente porque não se enquadra no conceito de *regra de conduta ou de competência*? Se este for o caso, então que se adote o termo “*postulado normativo aplicativo*” ou outro que se julgue mais adequado. Neste trabalho, contudo, não verificamos tal necessidade. A regra ou a máxima da proporcionalidade será tratada por “*regra*” ou “*máxima*”, tendo em conta, todavia, que se trata de uma regra especial que orienta a aplicação de outras normas.¹⁶³

Estabelecido este conceito chega, então, o momento de passarmos à análise da estrutura da ponderação que é encontrada na máxima da proporcionalidade e em suas

¹⁵⁷ HUMBERTO ÁVILA. “*Teoria dos Princípios*” *op. cit.*, p. 88.

¹⁵⁸ *Ibid*, p. 88-90 e 112-113.

¹⁵⁹ *Ibid*, p. 89.

¹⁶⁰ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. “*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 169.

¹⁶¹ Estes os dois tipos de normas conforme idealizado por HEBERT L. A. HART em “*O conceito de direito*”. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 103 e ss.

¹⁶² NORBERTO BOBBIO. “*Teoria do (...)*” *op. cit.*, p. 86-97; VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. “*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 169.

¹⁶³ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. “*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 169.

máximas parciais. Alexy, em consonância à Corte Constitucional alemã, dá especial importância à ponderação, entendendo que está intimamente ligada aos direitos fundamentais.¹⁶⁴ A teoria dos princípios, portanto, implica a máxima da proporcionalidade e a máxima da proporcionalidade implica a teoria dos princípios.¹⁶⁵

Como se verá, as condições fáticas sobre as quais um princípio produz seus efeitos devem ser verificadas sob os testes de *adequação* e de *necessidade*. As condições jurídicas são verificadas em uma terceira fase, a *proporcionalidade em sentido estrito*, onde realizar-se-á a ponderação.¹⁶⁶ Esta ordem pré-estabelecida se revelará importante para a aplicação da proporcionalidade. É que, como se pretende demonstrar, as três sub-regras da proporcionalidade possuem relação subsidiária entre si, o que significa dizer que nem sempre será necessário a verificação de todas elas para a correta aplicação da proporcionalidade.¹⁶⁷

2.2.2 – A ADEQUAÇÃO

A sub-regra ou máxima parcial da adequação implica em se averiguar a legitimidade da intervenção estatal sobre um direito fundamental, o que, em geral, se dá para a promoção de um outro direito fundamental.¹⁶⁸

Comumente se considera *adequado* o meio *apto a alcançar* o fim pretendido¹⁶⁹, inclusive é esta a definição utilizada por Gilmar Ferreira Mendes ao citar decisão do Tribunal Constitucional alemão no BVerfGE, 30:292 (316), 39:210 (230-1): “o meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado”.¹⁷⁰

Virgílio Afonso da Silva questiona a precisão do conceito. Defende que uma medida seria adequada não somente quando o meio for apto a *alcançar* um fim pretendido, mas

¹⁶⁴ ROBERT ALEXY, “Teoría dos (...)” *op. cit.*, p. 116-117.

¹⁶⁵ ROBERT ALEXY (Idem, loc. cit.) explica que “Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza”.

¹⁶⁶ ROBERT ALEXY, “Teoría de los (...)” *op. cit.*, p. 92-93.

¹⁶⁷ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. “O proporcional e o razoável” *op. cit.*, p. 34.

¹⁶⁸ Idem. “Direitos Fundamentais (...)” *op. cit.*, p. 169-170.

¹⁶⁹ HUMBERTO ÁVILA. “A distinção entre princípios (...)” *op. cit.*, p. 172; DANIEL SARMENTO, “A ponderação de interesses na constituição federal”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 87.

¹⁷⁰ Cit. por GILMAR FERREIRA MENDES, “Curso de (...)” *op. cit.*, 224.

também o meio cuja utilização fomentar a realização do fim estabelecido.¹⁷¹ Assim, em uma análise da adequação não se exige que a medida adotada seja aquela que realize de modo mais intenso, melhor, mais eficientemente e de modo mais seguro o fim pretendido, mas que se tenha em conta se a restrição imposta é adequada para a promoção, fomento, de um fim constitucionalmente legítimo, ainda que o objetivo não seja plenamente realizado.¹⁷²

Ora, exigir-se a realização completa do objetivo perseguido seria verdadeiramente contraproducente, pois impor-se-ia ao legislador possuir uma capacidade paranormal de antever empiricamente os efeitos de uma e qualquer medida.¹⁷³ Tal exigência, por impossível, engessaria todo o processo legislativo e nenhuma meta seria alcançada. Ademais, o próprio princípio da separação de Poderes restaria violado uma vez que implicaria em uma restrição à liberdade de escolha da Administração.¹⁷⁴

Contudo, impende ressaltar que, ainda que não se exija a realização completa do fim pretendido, é possível se pensar em casos em que a medida adotada pelo legislador, posteriormente à sua edição, mostre-se *inútil* à realização ou ao menos fomento do fim estabelecido. Isto pode-se dar seja pela evolução do conhecimento seja pela não verificação das condições anteriormente previstas. Nesta hipótese, em que a medida se tornou *inadequada* após a sua edição, deve o Poder Judiciário agir para impedir a restrição aos direitos fundamentais, mesmo que esta fosse adequada na época da negociação legislativa.¹⁷⁵

¹⁷¹ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (*“O proporcional e o razoável” op. cit.*, p. 36), ao se referir à imprecisão do conceito de adequação utilizado, explica que: “A causa do problema está na tradução imprecisa da decisão. A sentença em alemão seria melhor compreendida se se traduzisse o verbo *fördern*, usado na decisão, por *fomentar*, e não por *alcançar*, como faz Gilmar Ferreira Mendes, porque, de fato, o verbo *fördern* não pode ser traduzido por *alcançar*. *Fördern* significa *fomentar, promover*”.

¹⁷² Cf. CARLOS BERNAL PULIDO, *“El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales”*, 2005, p. 689; VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *“O proporcional e o razoável” op. cit.*, p. 36; Idem. *“Direitos Fundamentais (...)” op. cit.*, p. 170; HUMBERTO ÁVILA. *“Teoria dos Princípios (...)” op. cit.*, p. 117/118; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. *“Juízo de ponderação (...)” op. cit.*, p. 172/173.

¹⁷³ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (*“Direitos Fundamentais (...)” op. cit.*, p. 170) ressalta que: “Muitas vezes o legislador é obrigado a agir em situações de incertezas empíricas, é obrigado a fazer previsões que não sabe se serão realizadas ou, por fim, esbarra nos limites da cognição. Nesses casos, qualquer exigência de plena realização de algo seria uma exigência impossível de ser cumprida”.

¹⁷⁴ Cf. HUMBERTO ÁVILA. *“Teoria dos Princípios (...)” op. cit.*, p. 117-118.

¹⁷⁵ Alinhamo-nos a PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (*“Juízo de ponderação (...)” op. cit.*, p. 173) que defende a intervenção do Poder Judiciário nos seguintes termos: “Resta, contudo, aclarar que acontece quando, depois de editada a lei, no momento da avaliação da sua legitimidade, o conhecimento evolui para revelar inócua a medida de intervenção que antes era considerada idônea. [...] não parece que uma demonstração futura da real inadequação de uma lei que interfere sobre direitos fundamentais seja insuficiente para um juízo negativo da sua constitucionalidade. Não faz sentido que se tenha que suportar detrimento a direito

Assim, uma medida só será considerada inadequada se a sua utilização não colaborar em nada na realização de um fim pretendido,¹⁷⁶ sendo, por isso, considerada duplamente gravosa à promoção dos direitos fundamentais enquanto princípios, devendo ser abandonada, eis que não promove um e implica em restrição a outro.¹⁷⁷ Na hipótese do caso *sub examine* não poder ser solucionado com esta primeira análise passa-se à sub-regra da necessidade.

2.2.3 – A NECESSIDADE

A necessidade impõe que se adote a medida menos gravosa possível ao direito que se pretende restringir para o alcance de um objetivo estabelecido. O exame da necessidade se dá em uma análise comparativa entre as várias medidas adequadas à promoção daquele fim. Daí que uma restrição a um direito baseado em um princípio só será considerada necessária caso o objetivo que se busca alcançar com esta restrição não possa ser conquistado através de outra medida que o limite em menor gravidade.¹⁷⁸

Isto não quer dizer, contudo, que o legislador esteja obrigado a adotar o meio mais benigno na promoção dos direitos fundamentais, mas que a restrição imposta na persecução deste fim não implique em desnecessária restrição do princípio em que se funda o direito fundamental.¹⁷⁹

Poderão haver, contudo, situações, em que a medida mais eficiente em relação ao fim considerado seja também a que imponha maior sacrifício a um direito fundamental

fundamental quando se revelou que a prognose do legislador estava errada, mesmo que à época recolhesse consenso em seu prol”.

¹⁷⁶ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “*O proporcional e o razoável*” *op. cit.*, p. 37; SUZANA DE TOLEDO BARROS. “*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*”. 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 78.

¹⁷⁷ ROBERT ALEXY, “*Teoría de los (...)*” *op. cit.*, p. 94.

¹⁷⁸ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (“*O proporcional e o razoável*” *op. cit.*, p. 38) explica o exame da necessidade da seguinte forma: “Suponha-se que, para promover o objetivo O, o Estado adote a medida M₁, que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M₂ que, tanto quanto M₁, seja adequada pra promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M₁, utilizada pelo Estado não é necessária”. Do mesmo autor, “*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 171. Ver também: DANIEL SARMENTO, “*A ponderação de (...)*” *op. cit.*, p. 88; BERNARDO GONÇALVES FERNANDES, “*Curso de (...)*” *op. cit.*, 239.

¹⁷⁹ ROBERT ALEXY (“*Teoría de los (...)*” *op. cit.*, p. 526/527) ressalta no Epílogo da sua Teoria dos Direitos Fundamentais que: “Al Legislador no le está categoricamente prescrito adoptar el medio más benigno. Únicamente se afirma que si el Legislador quiere perseguir su fin, sólo puede adoptar el medio más benigno, o un médio igualmente benigno o un médio un poco más benigno. No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales”.

enquanto outra medida adequada, ainda que não tão eficiente, implique em menor restrição ao direito fundamental. O exame da necessidade, neste caso, só permite concluir pela precedência de uma medida sobre a outra na promoção de um fim previamente estabelecido, mas não em relação à medida que deve ser adotada.¹⁸⁰

Uma resposta que se propõe é que dever-se-á optar por aquela medida mais eficaz ao fim pretendido, ainda que implique em grave restrição ao direito fundamental.¹⁸¹ É que, por lógico, a medida que menor limita um princípio é exatamente a não intervenção do poder público, ou seja, a omissão estatal. A Administração Pública que optasse pela medida menos gravosa a um princípio estaria sempre tentada a não intervir na promoção de um fim constitucionalmente relevante.

Ocorre que a opção entre as duas medidas se dará no exame das possibilidades jurídicas¹⁸², ou seja, em um sopesamento entre os princípios em colisão que se dará no exame da proporcionalidade em sentido estrito. Portanto, a opção pela medida mais eficiente para a promoção de um fim pretendido, em um exame de necessidade, não significará a desproteção ao direito atingido, mas serve ao alcance do objetivo estabelecido. Passemos, então, para a terceira sub-regra da proporcionalidade.¹⁸³

2.2.4 – A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

A regra da proporcionalidade é composta de três¹⁸⁴ sub-regras aplicáveis subsidiariamente, sendo certo que a solução da colisão entre princípios verificada em

¹⁸⁰ ROBERT ALEXY (*“Teoria dos (...)” op. cit.*, 119) explica que: “Se tanto M₁ quanto M₂ embaraçam a realização de P₂ – o que é sempre o caso quando há motivo para um exame de necessidade – e M₂ o faz em menor escala que M₁, então, M₁ e M₂ não esgotam o campo das possibilidades fáticas para a realização de P₂, nem mesmo se se parte da suposição de que M₁ e M₂ sejam as únicas medidas adequadas para a realização do objetivo Z, exigido pelo princípio P₁. Do ponto de vista das possibilidades fáticas, uma ainda maior realização de P₂ é alcançada se nem M₁ nem M₂ são levadas a cabo. O exame da necessidade permite apenas privilegiar M₂ em face de M₁”.

¹⁸¹ Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. *“Direitos Fundamentais (...)” op. cit.*, p. 172.

¹⁸² Cf. ROBERT ALEXY, *“Teoria dos (...)” op. cit.*, p. 119-120.

¹⁸³ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. *“Direitos Fundamentais (...)” op. cit.*, p. 172/173.

¹⁸⁴ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (*“O Proporcional e o Razoável” op. cit.*, p. 35) apesar de defender uma tendência majoritária, seguida neste trabalho, que adota a divisão da proporcionalidade em três sub-regras, ressalva outras duas visões: “[A tendência] adotada principalmente pelos críticos do sopesamento como método de aplicação do direito, representados principalmente por Böckenförde e Schlink, aceita somente a análise da adequação e da necessidade, excluindo o sopesamento que a análise da proporcionalidade em sentido estrito implica. Por fim, a terceira tendência costuma identificar um elemento adicional, que precede a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: a análise da legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir. Essa tendência é perceptível principalmente nos autores que se ocupam com a aplicação da regra da proporcionalidade perante a Corte Europeia de Direitos Humanos”.

sede de exame da *adequação* dispensa a análise da *necessidade* e a solução em sede da *necessidade* dispensa a *proporcionalidade em sentido estrito*.¹⁸⁵

Poder-se-á, contudo, teorizar sobre hipóteses em que a análise de uma medida restritiva de direitos sob a adequação e a necessidade não bastem para considerá-la proporcional. Nestes casos será necessária a análise da medida sob o âmbito da proporcionalidade em sentido estrito¹⁸⁶ consistente em um sopesamento entre os direitos envolvidos com o fim de se evitar a restrição de direitos fundamentais além do justificável pelo fim pretendido¹⁸⁷.

Um exemplo de utilização da proporcionalidade em sentido estrito pode ser encontrado no conflito entre o direito de livre manifestação e o direito de ir e vir. O Brasil tem visto nos últimos anos, mormente desde o ano de 2013, grandes manifestações tomarem as ruas de suas capitais e, conseqüentemente, provocando congestionamentos a tolher o direito de ir e vir de pessoas que não estão envolvidas com tal demonstração cívica. Se, para garantir o direito de ir e vir das pessoas o Estado proibisse a manifestação em vias públicas tal medida seria considerada adequada e necessária, uma vez que promove o objetivo desejado e, certamente, é a medida que possui maior eficácia de todas as que se pudesse teorizar. Neste caso, a proporcionalidade em sentido estrito, ao exigir um sopesamento dos princípios em colisão, poderá apresentar uma solução que impeça a adoção de tal desproporcional medida, mas que assegure o direito à manifestação política, ainda que isso signifique alguma restrição ao direito de ir e vir.

Neste último momento da proporcionalidade faz-se, portanto, um sopesamento dos princípios em colisão através de consideração acerca da importância da norma ou do bem constitucional protegido, a ser definido de acordo com as circunstâncias do caso concreto e dos argumentos dispendidos.

Significa que, em uma colisão entre princípios, as vantagens obtidas pela limitação de um direito fundamental na busca de um fim constitucionalmente importante, devem compensar os sacrifícios suportados pelos titulares do direito restringido. Trata-se de

¹⁸⁵ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. “*O Proporcional e o Razoável*” *op. cit.*, p. 34.

¹⁸⁶ SUZANA DE TOLEDO BARROS. “*O princípio da proporcionalidade (...)*”. *op. cit.*, p. 82 e ss; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ. “*Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 152; PAULO BONAVIDES, “*Curso de (...)*” *op. cit.*, p. 406-407.

¹⁸⁷ ROBERT ALEXY identifica a proporcionalidade em sentido estrito à **lei do sopesamento** que dispõe o seguinte: “Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro” (“*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p. 167. Idem. “*Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*”. Madrid: [s.n.], 2004, p. 31); VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. “*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 175.

ponderar o *peso* assumido pelo fim pretendido e o *peso* assumido pelo direito que sofre restrição com o objetivo de estabelecer a relação de precedência entre o direito e a finalidade, entre um princípio e outro.¹⁸⁸

Esta ponderação, segundo Alexy¹⁸⁹, ocorrerá em três etapas. Em um primeiro momento apurar-se-á o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios em confronto que se traduz em seu *peso*. Este peso deve ser aferido considerando sua dimensão abstrata, a importância que assume naquele ordenamento jurídico, e sua dimensão concreta, a importância que assume no caso *sub examine*.¹⁹⁰

Quanto à intensidade de afetação ou não satisfação do princípio, tem-se que será apurada considerada a eficácia da medida que o restringe, ou seja, através da constatação da duração da interferência, a urgência de realização do fim pretendido¹⁹¹ e atenção no que tange aos elementos do âmbito normativo do princípio que sofre restrição. Neste sentido, quanto maior e mais intensa a intervenção, maior deverá ser o peso do princípio que pretende prevalecer.¹⁹²

Em um segundo momento será definida a importância de realização do fim pretendido, respeitada as considerações sobre a dimensão do peso supra referidas.¹⁹³

Por último, deve-se definir, através de uma comparação entre a finalidade pretendida e a restrição imposta, se a importância de satisfação do princípio contrário justifica a afetação ou não satisfação do outro.¹⁹⁴

Neste diapasão, verifica-se que para a reprovação de uma medida no teste da proporcionalidade em sentido estrito não é necessário que ela obste a realização de um direito ou que atinja seu *núcleo essencial*¹⁹⁵, mas que o peso que esta medida assuma no caso concreto, ou seja, os motivos que fundamentam sua adoção, não sejam considerados suficientes para justificar a restrição imposta ao direito atingido. Assim, mesmo uma pequena restrição pode ser considerada desproporcional se a importância do fim

¹⁸⁸ Cf. CARLOS BERNAL PULIDO, “*El principio de proporcionalidad (...)*” *op. cit.*, p. 760; DANIEL SARMENTO, “*A ponderação de (...)*” *op. cit.*, p. 89, explica que a proporcionalidade em sentido estrito, a qual denomina “subprincípio”, envolve: “uma análise da relação custo-benefício da norma avaliada. Ou seja, o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade.”

¹⁸⁹ ROBERT ALEXY. “*Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*” *op. cit.*, p. 32.

¹⁹⁰ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. “*Juízo de ponderação (...)*” *op. cit.*, p. 178.

¹⁹¹ Cf. CARLOS BERNAL PULIDO, “*El principio de proporcionalidad (...)*” *op. cit.*, p. 776/778.

¹⁹² Cf. PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. “*Juízo de ponderação (...)*” *op. cit.*, p. 179.

¹⁹³ Cf. ROBERT ALEXY. “*Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*” *op. cit.*, p. 32; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. “*Juízo de ponderação (...)*” *op. cit.*, p. 180.

¹⁹⁴ Cf. ROBERT ALEXY. “*Teoría de (...)*” *op. cit.*, p. 529.

¹⁹⁵ HUMBERTO ÁVILA. “*A distinción entre principios (...)*” *op. cit.*, p. 159-160 e 173.

pretendido com a sua realização não justificar a afetação do direito ou princípio em colisão.¹⁹⁶

Ao fim dessas operações estabelece-se a relação de precedência entre dois princípios colidentes no caso concreto dando gênese a uma *norma de direito fundamental atribuída*, que tem a característica de regra, a ser aplicada por subsunção no caso concreto e em casos futuros que guardem semelhança àquele anterior¹⁹⁷. Alexy deduz então, buscando exemplificar esta estrutura argumentativa e dar racionalidade ao processo, a chamada *lei de colisão*, já referida, a seguir abordada.

2.2.4.1 – A Lei de Colisão

O processo argumentativo até aqui abordado para fixação das condições sobre as quais um princípio possui precedência sobre o outro é explicado por Robert Alexy através da formulação da *Lei de Colisão*, cuja importância se observa por apontar a estrutura lógica por detrás da solução de colisões entre princípios através do uso da ponderação e de sua necessária fundamentação.¹⁹⁸

O jurista alemão utiliza como exemplo o caso BVerGE 51, 324, do Tribunal Constitucional Federal alemão, em que estava em causa a possibilidade de realização audiência quando o acusado corre o risco de um derrame cerebral ou infarto devido à tensão do procedimento.¹⁹⁹ Observa-se neste caso a colisão entre o princípio da efetividade do direito penal e o princípio da proteção da vida e da integridade física do acusado. Abstratamente considerados, não se verifica uma precedência de um sobre o outro ou contrariedade que justifique a declaração de invalidez de um ou de outro ou mesmo a introdução de uma cláusula de exceção, mas, no caso concreto, um limita o outro conduzindo a consequências diversas.²⁰⁰

¹⁹⁶ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. *“O proporcional e o razoável”* op. cit., p. 41. ROBERT ALEXY apresenta uma divisão que classifica o grau da intensidade de restrição de um direito fundamental e o grau de importância da realização do direito que justifica a restrição em leve, moderado e sério. Assim, se o grau de intensidade de restrição de um direito é considerado leve, mas o grau de importância de realização do direito é considerado sério estar-se-á diante de uma medida proporcional. (*“Posfácio em Teoria dos (...)”* op. cit., p. 595).

¹⁹⁷ Cf. ROBERT ALEXY. *“Teoria dos direitos (...)”*, op. cit., p. 102).

¹⁹⁸ Cf. WILSON ANTÔNIO STEINMETZ. *“Colisão de direitos (...)”* op. cit., p. 126.

¹⁹⁹ Cf. ROBERT ALEXY. *“Teoria dos (...)”* op. cit., p. 94.

²⁰⁰ Ibid, p. 95-96; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ. *“Colisão de direitos (...)”* op. cit., p. 126-127.

A solução para tal colisão, argumenta-se, passará pelo estabelecimento, no caso concreto, da relação de precedência condicionada entre os princípios que terá em conta as condições sob as quais um princípio prevalecerá sobre o outro, com a ressalva que, sob outras condições, a resposta poderá ser diferente.²⁰¹

Objetivando deixar ainda mais claro, Robert Alexy busca o auxílio de fórmulas matemáticas para ilustrar sua argumentação. Identifica por **P₁** o princípio do direito à vida e à integridade física e por **P₂** o princípio da efetividade do direito penal. A colisão, como vimos, deve ser solucionada através do estabelecimento de uma relação de precedência (**P**) condicionada pelas circunstâncias existentes (**C**).²⁰² Deflui-se daí quatro possibilidades:

- (1) $P_1 \mathbf{P} P_2$
- (2) $P_2 \mathbf{P} P_1$
- (3) $(P_1 \mathbf{P} P_2)C$
- (4) $(P_2 \mathbf{P} P_1)C$

(1) e (2) representam casos em que um princípio possui precedência sobre o outro de forma incondicionada. Esta precedência “*abstrata*” ou “*absoluta*” não é verificável, de modo geral, em colisões de princípios de direito constitucional.²⁰³ No caso considerado, a precedência de P1 significaria a não realização da audiência enquanto que a precedência de P2 importaria a sua realização. Ambas as consequências destas soluções são indesejáveis e inaplicáveis.

(3) e (4) representam casos em que as condições do caso concreto influem sobre a relação de precedência verificada dando “*peso*” diferente aos princípios em colisão. Significa dizer que, em (3) e (4), há o estabelecimento de uma “*relação de precedência concreta ou relativa*” em que cada princípio possui maiores razões para prevalecer sobre o outro.²⁰⁴

²⁰¹ Cf. ROBERT ALEXY. “*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p. 96.

²⁰² *Ibid*, p. 96-97.

²⁰³ ROBERT ALEXY referindo-se ao julgamento do BVerfGE 51, 324 (345) ressalta que: “O Tribunal Constitucional Federal (alemão) excluiu a possibilidade dessa forma de relação de precedência com a afirmação: ‘nenhum desses interesses goza, em si mesmo, de precedência sobre o outro’” (“*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p. 97).

²⁰⁴ ROBERT ALEXY (*Idem. loc. cit.*) esclarece que: “A questão decisiva é, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder. Nesse contexto, O Tribunal Constitucional Federal utiliza-se da muito difundida metáfora do peso. Em suas palavras, o que importa é se os ‘interesses do acusado no caso concreto têm manifestamente um peso significativamente maior que os interesses a cuja preservação a atividade estatal deve servir’ Esses interesses não têm um peso quantificável. Por isso, é necessário indagar o que se quer dizer quando se fala em ‘pesos’”.

A solução encontrada sobre a precedência de um princípio sob outro constituirá uma *regra* que tem **C**²⁰⁵ como suporte fático e **R** como consequência jurídica.²⁰⁶ Tal regra será aplicada a novos casos que se assemelhem àquele primeiro (**C** → **R**). Ou seja, “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.²⁰⁷

Robert Alexy denomina tal conexão entre relações de preferências condicionadas e regras por “Lei de Colisão” e a coloca como um dos fundamentos de sua teoria dos princípios como mandamentos de otimização. É que sua formulação reflete a inexistência de precedência entre princípios considerados em abstrato e tem em conta ações e situações não quantificáveis.²⁰⁸

O professor alemão apresenta muitas outras fórmulas mais complexas em sua busca de atribuição de rigor científico à ponderação e às suas leis para justificar a atribuição de peso a determinado princípio no caso concreto. Contudo, entendemos que não é necessário nos debruçarmos sobre tais fórmulas no âmbito deste trabalho que não se propõe a uma busca de exatidão matemática na utilização da ponderação.²⁰⁹

Fato é que não existe um “ponderómetro”, como reconhece Garcia Amado²¹⁰, capaz de medir o peso de cada princípio e esta é uma das principais críticas à regra que, oportunamente, será analisada.

²⁰⁵ ROBERT ALEXY (“*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p. 98) explica que C é ao mesmo tempo a “condição de uma relação de precedência” e o “pressuposto do suporte fático de uma regra”. O jurista alemão ensina que: “Esse duplo caráter de C decorre necessariamente da estrutura do enunciado de preferência. Isso porque a precedência de P₁, ou seja, do princípio estabelecido no art. 2º, §2º, 1, em face dos princípios que com ele colidem sob as condições C significa que a consequência jurídica que resulta de P₁ é aplicável se estiverem presentes as condições C.”

²⁰⁶ *Ibid*, p. 99.

²⁰⁷ *Ibid*, loc. cit.

²⁰⁸ *Ibid*, loc. cit.

²⁰⁹ Entendemos, como VIRGILIO AFONSO DA SILVA (“*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 176), que: “não é possível pretender alcançar, com o procedimento de sopesamento, uma exatidão matemática, nem substituir a argumentação jurídica por modelos matemáticos e geométricos. Esses modelos podem, quando muito, servir de ilustração, pois a decisão jurídica não é nem uma operação matemática, nem puro cálculo”. Também neste sentido, CARLOS BLANCO DE MORAIS (“*Curso (...)*” *op. cit.*, p. 682) postula que: “A justificação da atribuição de um maior peso a um princípio sobre outro, num processo de concretização estribado na técnica da ponderação assenta, essencialmente, na pertinência da argumentação jurídica e técnica, e menos em fórmulas matemáticas, incapazes de quantificar com rigor, elementos qualitativos de expressiva relevância”.

²¹⁰ Cit. por CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso (...)*” *op. cit.*, p. 678.

2.3 – A PONDERAÇÃO NO BRASIL

A ponderação tem sido largamente utilizada no Brasil para a solução de disputas jurídicas, em geral de forma criticável.²¹¹ Em 2015 foi expressamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do art. 489, §2º do Código de Processo Civil de 2015 que trouxe a previsão da ponderação para a solução de “*colisão entre normas*”.

Assim, entendemos que, antes de passarmos à crítica e à defesa da ponderação, faz-se necessário algumas considerações sobre como a ponderação tem sido utilizada no Brasil.

Neste intento, tomaremos como exemplo o emblemático Habeas Corpus 82.424, comumente referido como: “caso Hellwanger”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Em seguida realizaremos uma análise da inovação do art. 489, §2º do Código de Processo Civil de 2015 à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2.3.1 – O CASO ELLWANGER

Em 12 de dezembro de 2002 o Supremo Tribunal Federal iniciou, com o voto do relator Ministro Moreira Alves, o julgamento do Habeas Corpus 82.424, impetrado contra ato do Superior Tribunal de Justiça, em favor de Siegfried Ellwanger.²¹²

Após quase um ano de julgamento, em 17 de setembro de 2003, o STF decidiu, por maioria – após sucessivos pedidos de vista e de intensos debates que deram gênese a um acórdão de 488 laudas – negar o pedido de declaração de extinção de punibilidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva, feito em favor do paciente acusado de crime de discriminação e preconceito contra o povo judeu.

Em seu voto, o Ministro Moreira Alves²¹³ relata que Siegfried Ellwanger, absolvido em primeira instância de julgamento, foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, segunda instância de julgamento, a dois anos de reclusão, com suspensão condicional da pena pelo prazo de quatro anos, pela prática do tipo penal previsto no art.

²¹¹ FAUSTO SANTOS DE MORAIS. “*Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*”. São Leopoldo: Unisinos, 2013. 346p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em www.biblioteca.asav.org.br/vinculos/000006/000006DF.pdf. Acesso em 13/09/2016

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no HC 82.424/RS. Relator Min. Maurício Corrêa. DJU, Brasília, 19 de março de 2004.

²¹³ Voto do Ministro MOREIRA ALVES no HC 82.424, p. 532.

20 da Lei 7.716/89²¹⁴, com alteração da Lei 8.081/90.²¹⁵ Ellwanger era acusado de, na qualidade de autor e editor, ter publicado livros de conteúdo antissemita autoral (e.g., *“Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século”*), de autores nacionais (e.g., *“A História Secreta do Brasil”*, *“Brasil Colônia de Banqueiros”* e *“Os Protocolos dos Sábios de Sião”*, os três de Gustavo Barroso; *“Hitler – Culpado ou Inocente?”*, de Sérgio Oliveira; e *“Os conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra”* de Louis Marschalko) e de autores estrangeiros (e.g., *“O Judeu Internacional”* de Henry Ford) e, assim, ter incorrido no tipo penal descrito.

Em sede do Habeas Corpus apresentado perante o Supremo Tribunal Federal argumentava a defesa²¹⁶ que o fato imputado a Siegfried Ellwanger teria prescrito, uma vez que a discriminação contra judeus, por não constituírem uma raça, não seria protegida pela imprescritibilidade constitucional do crime de *racismo*²¹⁷, devendo ser concedido o *habeas corpus*.

O Ministro Moreira Alves argumentou em sua exposição que o crime de racismo não abarcaria toda e qualquer forma de discriminação, mas, utilizando-se de uma interpretação histórica da Constituição brasileira, seria limitado à discriminação racial, sobretudo contra a raça negra. Neste sentido, entendeu que, não sendo os judeus uma *raça*, não poderiam ser vítimas de racismo e, por conseguinte, a discriminação praticada pelo paciente não poderia ser qualificada como imprescritível. Assim, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva do Estado, ocorrida no período entre a denúncia e a condenação, votou pelo deferimento do habeas corpus.²¹⁸

²¹⁴ BRASIL. Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989 – O art. 20 previa a pena de dois a cinco anos de reclusão àqueles que, por meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, praticassem, induzissem ou incitassem a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional.

²¹⁵ BRASIL. Lei nº 8.081 de 21 de setembro de 1990.

²¹⁶ Extraí-se do relatório apresentado no voto do Ministro MOREIRA ALVES os argumentos sustentados pelos defensores de Siegfried Ellwanger: “[...] embora condenado o ora paciente pelo crime tipificado no artigo 20, da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90, foi ele condenado pelo delito de discriminação contra os judeus, delito esse que não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo artigo 5º, XLII, da Constituição ficou restrito ao crime de racismo. E, depois de sustentarem, com apoio em autores de origem judaica, que os judeus não são uma raça, requerem que seja ‘liminarmente suspensa a averbação de imprescritibilidade constante do acórdão, para que, até o julgamento do presente pedido, seja suspensa a execução da sentença’, sendo afinal, concedida a ordem para ‘desconstituir a averbação de imprescritibilidade para o crime a que o paciente foi condenado’, reconhecendo-se a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, uma vez que o ora paciente foi condenado à pena de dois anos de reclusão com ‘sursis’ em julgamento ocorrido em 31 de outubro de 1996, quatro anos, onze meses e dezessete dias após o recebimento da denúncia.” (HC 82.424, p. 528-529).

²¹⁷ Art. 5º, XLII da Constituição Federal brasileira de 1988: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

²¹⁸ Voto do Ministro MOREIRA ALVES no HC 82.424, p. 534-545.

O Ministro Maurício Corrêa²¹⁹, contudo, inaugurando a divergência que terminaria vencedora apontou o óbvio ululante: a ideologia nazista que permeava os livros publicados por Ellwanger fundava-se em uma superioridade de raça. Adolf Hitler, embasado no pensamento pseudocientífico de Gobineu (1816/1882), promoveu as ações que resultariam no genocídio de milhões de judeus, considerados uma *raça inferior, impura* e, entre tantos outros preconceitos, apontada como inimiga do Estado Alemão. Durante os anos em que vigorou na Alemanha a ideologia nacional-socialista, os judeus passaram a ser tratados como uma *sub-raça* e eram essas as ideias presentes nos livros publicados por Ellwanger.²²⁰ Neste sentido, o Ministro Maurício Corrêa considerou indiferente ser o povo judeu uma raça ou não. O importante, ponderou, era o fato de que quem promove o preconceito o faz com base na existência de uma raça que considera inferior.²²¹

Não obstante, motivados por consideração expressada pelo Ministro Sepúlveda Pertence²²² os Ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram uma colisão entre princípios que oporia, de um lado, os princípios da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa e, de outro, os princípios da dignidade da pessoa humana e do direito à honra, a motivar um sopesamento para solução do caso.²²³

O Ministro Carlos Ayres Brito²²⁴, reconhecendo no caso a contraposição dos princípios da liberdade de expressão e da não discriminação, afirma ser a ponderação a melhor estratégia para solução do conflito. Neste sentido, após formular considerações sobre cada “*princípio em estado potencial de atrito*”²²⁵ decide pela concessão do *habeas corpus* por entender que a conduta de Ellwanger, ainda que condenável sob um ponto de

²¹⁹ Voto do Ministro MAURÍCIO CÔRREA no HC 82.424, p. 555-593.

²²⁰ Cf. LENIO LUIZ STRECK, “*Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*”. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a, p. 649.

²²¹ O Ministro MAURÍCIO CÔRREA no HC 82.424, p. 566-567: “Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles a antirraça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto”.

²²² Em sua manifestação, proferida no HC 82.424, p. 607, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE expos sua preocupação com o crime imputado ao paciente do habeas corpus, vez que elegia um livro a instrumento de crime que tem como verbo central “incitar” e comparou a condenação do Ellwanger a outras ocorridas durante a Ditadura Militar de autores e detentores de livros de ideologia marxista.

²²³ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “*A Constitucionalização do direito (...)*” *op. cit.*, p. 167-168.

²²⁴ Voto do Ministro CARLOS AYRES BRITO no HC 82.424, p. 781-851.

²²⁵ Voto do Ministro CARLOS AYRES BRITO no HC 82.424, p. 790.

vista moral ou histórico, seria penalmente atípica vez que situada dentro dos limites de sua liberdade de expressão.²²⁶

Na mesma linha, o Ministro Marco Aurélio²²⁷, citando Alexy, recorreu a uma ponderação entre os princípios colidentes para decidir em que medida a liberdade de expressão de Ellwanger deveria ceder ante o princípio da dignidade da pessoa humana.²²⁸ Diferentemente do Min. Carlos Ayres Brito, o Min. Marco Aurélio reconhece o antissemitismo presente nas obras publicadas por Ellwanger, mas entende que este tipo de discriminação não se enquadra na proteção constitucional da imprescritibilidade dada ao racismo que, em sua visão, apenas ocorre contra a população negra.²²⁹

O Min. Marco Aurélio, inclusive citando a aplicação da ponderação pela jurisprudência comparada (e.g. os casos “Luth”, “Livro sobre a Guerra”, “Soldados Assassinos”)²³⁰, faz uso da ponderação e chega a um resultado que dá prevalência à liberdade de expressão entendendo ser inadequada, desnecessária e irrazoável a restrição da liberdade de expressão de Ellwanger através de sua condenação pela prática de racismo contra a comunidade judaica, crime este tido por imprescritível. Anota que, muito embora reconheça, no caso, violação da dignidade da pessoa humana através do exercício da liberdade de expressão, a concessão do Habeas Corpus seria a medida que em maior grau promoveria a democracia, o bem-estar e o pluralismo da sociedade – ainda que isto implique na não punição do paciente e não censura das publicações discriminatórias – restando a cargo da própria comunidade posicionar-se sobre os livros de forma livre e democrática.²³¹

²²⁶ O Ministro CARLOS AYRES BRITO no HC 82.424, p. 838-839: “Numa síntese, o estudo em causa pretende-se multifário o bastante para transitar pelos concomitantes domínios da liberdade de manifestação do pensamento e da produção intelectual, científica e de comunicação, afunilando para o campo da convicção política. Ou da Convicção político-ideológica, mais exatamente. Logo, estudo situado no campo do livre debate das idéias”.

²²⁷ Voto do Ministro MARCO AURÉLIO no HC 82.424, p. 857-924.

²²⁸ O Ministro MARCO AURÉLIO assim enxerga o conflito: “É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa uma afronta violenta contra essa dignidade, entre outras questões.” (HC 82.424, p. 886)

²²⁹ Voto do Ministro MARCO AURÉLIO no HC 82.424, p. 923.

²³⁰ Cit. no voto do Ministro MARCO AURÉLIO no HC 82.424, p. 902-904.

²³¹ Extraí-se do voto do Ministro MARCO AURÉLIO: “A aplicação do princípio da proporcionalidade surge como mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança da hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a garantia da manifestação do pensamento. [...] Passo, então, à análise do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – pronunciamento condenatório –, a partir desses subprincípios, sob um ângulo diferente

Todavia, o Ministro Gilmar Mendes²³², refletindo a maioria que se formou, em um raciocínio de ponderação deu solução completamente diversa privilegiando a dignidade da pessoa humana sobre a liberdade de expressão. Antes, contudo, afastou as objeções até então colocadas, que davam prevalência à liberdade de expressão, através da demonstração do caráter eminentemente racista do antissemitismo²³³, pontuando que sob a doutrina do “*hate speech*”, manifestações desta natureza não encontram proteção na liberdade de expressão.²³⁴

Contextualizada a questão, utilizou o Ministro Gilmar Mendes do “*princípio da proporcionalidade*”²³⁵ para decidir pela negativa do habeas corpus. Concluiu que a manutenção da condenação de Ellwanger pelo crime de racismo e a consequente censura às publicações discriminatórias, diferentemente da visão defendida pelo Min. Marco Aurélio, promoveria a democracia, o bem-estar social e o pluralismo. Sendo assim, os fins

daquele efetuado pelo ilustre ministro Gilmar Mendes. A. O subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios (Geeingnetheit) examina se a medida adotada é apropriada para concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público. Assim, cabe indagar se condenar o paciente e proibi-lo de publicar os pensamentos, apreender e destruir as obras editadas são os meios adequados para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de se incitar a discriminação. Penso que não, uma vez que o fato de o paciente querer transmitir a terceiros a sua versão da história não significa que os leitores irão concordar, e, ainda que concordem, não significa que vão passar a discriminar os judeus, mesmo porque, ante a passagem inexorável do tempo, hoje os envolvidos são outros. [...] B. O segundo subprincípio é o da exigibilidade ou da necessidade (Erforderlichkeit), segundo o qual a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que pretende alcançar. Com esse subprincípio, o intérprete reflete, no caso, se não existem outros meios não considerados pelo Tribunal de Justiça que poderiam igualmente atingir o fim almejado, a um custo ou dano menos aos interesses dos cidadãos em geral.[...] Na hipótese, a observância desse subprincípio deixa ao Tribunal apenas uma solução cabível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente: conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu. C. Finalmente, o último subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit), também conhecido como ‘lei da ponderação’. O intérprete deve questionar se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado e à carga coativo-interventiva dessa medida. É realizado um juízo de ponderação no qual se engloba a análise de adequação entre meio e fim, levando-se em conta os valores do ordenamento jurídico vigente.[...] Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal ideia incitará a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira. [...] Assim, [...] acredito que a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – por sinal, a reformar sentença do Juízo – não foi o meio mais adequado, necessário e razoável”. (HC 82.424, p. 895-901)

²³² Voto do Ministro GILMAR FERREIRA MENDES no HC 82.424, p. 637-671; Idem, “*Estado de Direito e Jurisdição Constitucional: 2002-2010*”. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 590-612.

²³³ Voto do Ministro GILMAR FERREIRA MENDES no HC 82.424, p. 646.

²³⁴ Voto do Ministro GILMAR FERREIRA MENDES no HC 82.424, p. 650-654.

²³⁵ Ver neste Capítulo o tópico 2.2.1 onde se abordou a terminologia da proporcionalidade.

atingidos através da condenação do autor e editor superariam a restrição imposta à sua liberdade de expressão.²³⁶

Ao final, como já apontado, decidiu-se, por maioria, pela não concessão do *habeas corpus*. Como exposto, vários Ministros recorreram à ponderação sendo os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio constantes exemplos de crítica à ponderação como técnica racional para solução de conflitos, uma vez que possibilitaria ampla discricionariedade na atribuição de peso a princípios conflitantes possibilitando a produção de resultados divergentes.²³⁷

Não obstante, e aqui já se faz uma defesa da ponderação, é importante anotar que no caso Ellwanger não havia qualquer necessidade de se recorrer à ponderação. Ora, como apontado nos votos dos Ministros Celso de Melo e Carlos Velloso²³⁸, a liberdade de manifestação de pensamento não abarca a liberdade de manifestação de pensamento racista.²³⁹ A ponderação entre os princípios da liberdade de expressão e da dignidade da

²³⁶ Extraí-se do voto do Ministro GILMAR FERREIRA MENDES proferido no HC 82.424, p. 669-671: “[...] cumpre indagar se a decisão condenatória atende, no caso, às três máximas parciais da proporcionalidade. É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII). Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão. [...] A decisão atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexecedível para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie. Assim, a análise da bem fundamentada decisão condenatória evidencia que não restou violada a proporcionalidade”. Do mesmo autor: “*Estado de Direito (...) op. cit.*, p. 604.

²³⁷ MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA ao analisar os diferentes resultados da ponderação entre princípios realizada pelos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio defende que isso se deveu a: “[...] pré-compreensões divergentes acerca de como compreender as finalidades e os valores a serem alcançados ou priorizados pela decisão a ser tomada. É possível perceber, pois, como a equiparação de princípios a valores, e de direitos a bens ou interesses ponderáveis, pressupõe, assim, premissas axiológicas, elas próprias, não discutidas, no curso do processo, a pré-orientar, de modo não problematizado, o julgamento, do que resulta a que sejam privilegiados pontos de vista normativos em face de outros.” (“*Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: o HC n. 82.424-2*”. In: *Constituição e estado social*. Coimbra: Sexto Encontro do Grupo Cainã, 2008, p. 262)

²³⁸ Voto dos Ministros CELSO DE MELO e CARLOS VELLOSO no HC 82.424, p. 628-631 e p. 687-690, respectivamente.

²³⁹ LENIO LUIZ STRECK. “*Jurisdição Constitucional (...) op. cit.*, p 650.

pessoa humana ou da não discriminação foi realizada pelo legislador constituinte quando da elaboração do art. 5º, LXII que criminalizou e tornou imprescritível o racismo. Assim, cabia apenas um raciocínio de subsunção na aplicação da regra constitucional e penal, ou seja, se os atos praticados eram racistas ou não²⁴⁰, como fez a Ministra Ellen Gracie²⁴¹ em seu voto, mas não questionamento da norma constitucional à luz da liberdade de expressão.²⁴²

Ainda que entendamos pela incorreta aplicação da proporcionalidade neste caso, a sua importância se alarga e o torna emblemático da crítica oposta à racionalidade e dita subjetividade da ponderação. Afinal, se os Ministros da mais alta Corte Constitucional brasileira podem mal aplicar a regra da proporcionalidade e chegar a resultados distintos, o que dizer dos milhares de magistrados, seja de jurisdição estadual ou federal, de justiça especializada ou não, de primeiro, segundo ou terceiro grau de jurisdição espalhados por todo o território brasileiro? Esta discussão assume maior relevo ante a inovação do art. 489, §2º do Novo Código de Processo Civil brasileiro que, a seguir, passaremos a expor.

2.3.2 – A PONDERAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: O ART. 489, §2º

Em março de 2016 entrou em vigor no Brasil, após 06 anos de processo legislativo que contou com a contribuição da comunidade jurídica brasileira²⁴³, o Novo Código de Processo Civil (NCPC).²⁴⁴

Observa-se de seus 12 primeiros artigos uma preocupação do legislador em estabelecer a fundação constitucional e democrática sobre a qual solidificaria o novo

²⁴⁰ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. *“A Constitucionalização do direito (...)” op. cit.*, p. 168-169

²⁴¹ Voto da Ministra ELLEN GRACIE no HC 82.424, p. 750-756.

²⁴² VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (*“A Constitucionalização do direito (...)” op. cit.*, p. 169-170), ressalva a possibilidade de questionamento da constitucionalidade da inclusão do exercício da liberdade de expressão como uma forma de racismo, no entanto, pontua que tal decisão não poderia ser tomada em uma análise meritória do habeas corpus impetrado, mas sim em sede de prejudicial de constitucionalidade ou através de ações de controle de constitucionalidade próprias.

²⁴³ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, et al. *“Novo CPC – Fundamentos e sistematização”*. 3ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 44, relata que: “[...] o Novo CPC teve sua tramitação inaugural, quando foi apresentado ao Congresso Nacional um Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil preparado por uma Comissão de Juristas, instaurada em 30.09.3009. O Anteprojeto foi apresentado em 8 de junho de 2010 ao Senado Federal sob o número 166/2010 convertido no Projeto de Lei do Senado de nº 166/2010 – PLS nº 166/2010”.

²⁴⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.

processo civil brasileiro.²⁴⁵ Em seu art. 8º²⁴⁶ chega a estabelecer que o juiz deve observar a proporcionalidade na aplicação do Direito em atenção aos fins sociais e às exigências do bem comum.

Este tipo de disposição é encontrado, não de maneira tão expressa, no ordenamento jurídico português²⁴⁷, de forma que a sua positivação no Direito brasileiro não é exatamente uma novidade, mormente porque, como se viu, a proporcionalidade já fazia parte da vida jurídica brasileira, seja na jurisprudência seja na doutrina.

O Novo CPC foi recebido com relativo otimismo pela comunidade jurídica que viu em suas premissas e disposições uma preocupação com a maior fundamentação das decisões judiciais, em atenção ao disposto no art. 93, IX da Constituição brasileira²⁴⁸, bem como com uma maior participação da comunidade como um todo no processo decisório.²⁴⁹ Neste sentido o §1º do art. 489 ao estabelecer requisitos²⁵⁰ para a

²⁴⁵ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, et al. (*“Novo CPC (...)” op. cit.*, p. 46), esclarece sobre o novo CPC: “O respeito à forma, em consonância com tal conteúdo, deve ser aplicado ou flexibilizado de acordo com o pressuposto participativo e não em razão de uma escolha solitária ou salvacionista do juiz, que corrigiria equívocos das partes. O novo CPC, nesses termos, procura atribuir uma responsabilização de todos os sujeitos processuais, mediante a matriz cooperativa/comparticipativa, de modo a viabilizar uma análise de suas técnicas e das formas processuais, segundo as bases fundamentais constitucionais”.

²⁴⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 8º: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

²⁴⁷ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. Art. 18, nº 2: “2. 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”. O art. 335 do Código Civil Português, 77ª versão. Lei n.º 13/2019, de 12/02, estabelece: “1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. 2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior”.

²⁴⁸ BRASIL. Constituição de 1988. Art. 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

²⁴⁹ Cf. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, et al. *“Novo CPC (...)” op. cit.*, p. 327-328; FLÁVIO TARTUCE. *“O novo CPC e o Direito Civil”*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 16.

²⁵⁰ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 489: “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

fundamentação de uma decisão judicial trouxe para a legislação processual o comando constitucional.

Mas não se deteve o legislador. No parágrafo 2º do art. 489 criou no ordenamento jurídico brasileiro a *ponderação de normas*.²⁵¹ Tal disposição é um tanto preocupante, uma vez que normas podem ser regras ou princípios.

Em momento anterior abordamos as formas de solução dos conflitos normativos estabelecendo que o conflito entre regras deve ser solucionado no plano da validade com a aplicação de uma regra em subsunção à outra ou através do estabelecimento de uma regra de exceção.²⁵²

Abordamos, inclusive, a impossibilidade da ponderação de regras²⁵³ e a forma para solução de colisões entre princípios ou entre regras e princípios.²⁵⁴

Não obstante, vários são os autores brasileiros que receberam a ponderação de normas no processo civil com bons olhos.

Leonardo Carneiro da Cunha²⁵⁵ apesar de reconhecer os critérios para solução de conflitos entre regras, colisões entre princípios e entre regras e princípios, sustenta a possibilidade excepcional da ponderação de regras. Flávio Tartuce defende a ponderação de “*princípios, valores e normas*” tida como um “*mecanismo de grande relevo para a solução das problemáticas atuais mais complexas*”²⁵⁶. Ambos louvam o novo código de processo por exigir a fundamentação da ponderação como forma de se evitar a *má ponderação*.²⁵⁷

Estes autores se sustentam nos ensinamentos de Humberto Ávila que defende a possibilidade de ponderação de regras reconhecendo também a elas uma dimensão de peso a ser assumido no caso concreto. O que difere, em sua visão, é o *tipo de ponderação*.²⁵⁸

²⁵¹BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 489, §2º do CPC, ao se referir aos elementos essenciais da sentença, prevê que: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

²⁵² Ver 1.4.1 – Conflito entre regras.

²⁵³ Ver 1.4.2.1 – Da impossibilidade de se ponderar regras.

²⁵⁴ Ver 1.4.3 – Colisão entre regras e princípios.

²⁵⁵ LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA. “*Dos elementos e dos efeitos da sentença*”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. coord. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1236.

²⁵⁶ FLÁVIO TARTUCE. “*O novo CPC e o Direito Civil*” *op. cit.*, p. 20.

²⁵⁷ LUÍS ROBERTO BARROSO. “*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*”. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.

²⁵⁸ HUMBERTO ÁVILA (“*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p. 50) pontua: “Todas essas considerações demonstram que a atividade de ponderação de razões não é privativa da aplicação dos princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de normas. [...] A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso”.

José Miguel Garcia Medina prefere ler “ponderação de normas” como “ponderação de princípios” ignorando assim a incorreção do termo utilizado pelo artigo 489, §2º do CPC.²⁵⁹ Também neste sentido entendem Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron. No entanto, colocam em dúvida o tipo de ponderação ali referido: se a ponderação de Alexy ou a de Dworkin, dando preferência, contudo, para esta última.²⁶⁰

Não comungamos, contudo, com tais posicionamentos. O legislador refere-se à necessidade de “justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada” em um “caso de colisão de normas”. Não há aqui uma referência a um “sopesamento sobre as normas (sic) em colisão”, mas a uma “ponderação das normas em colisão”.

Ora, como vimos em momento anterior, a ponderação (*Balancing*) defendida por Dworkin difere-se bastante da ponderação (*Abwägung*) de Alexy não devendo ser confundidas em suas propostas. Parece-nos certo, portanto, que o art. 489, §2º do CPC refere-se à ponderação defendida por Alexy.²⁶¹

Não obstante, trata-se de uma referência equivocada e, como demonstraremos a seguir, eivada de inconstitucionalidade. É que normas, como se sabe, podem ser regras ou princípios e regras são imponderáveis. Como defendemos anteriormente, não coadunamos à doutrina²⁶² que sustenta a possibilidade de ponderação de regras. Entendemos que a ponderação, conforme concebida por Robert Alexy, tem sua aplicação restrita à solução de conflitos entre princípios, mormente devido a sua natureza de *comandos de otimização*²⁶³.

Em um juízo de ponderação hão de ser verificadas as possibilidades fáticas (adequação e necessidade) e jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito), sob as quais um princípio tem precedência sobre o outro. O resultado desta operação dá origem

²⁵⁹ JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA. “Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 742.

²⁶⁰ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, et al. “Novo CPC (...)” *op. cit.*, p. 367-368.

²⁶¹ LENIO LUIZ STRECK (“Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!”, Consultor Jurídico, 8 de janeiro de 2015), alerta sobre a importância da linguagem no direito. Neste sentido, parece-lhe “evidente que a palavra ponderação também não pode ser entendida como simplesmente alguém dizendo: ‘ponderando melhor, vou fazer tal coisa...’ Se estamos entendidos, quando o legislador fala em ‘ponderação’, podemos estar certos de que está se referindo a longa tradição representada pela recepção (embora absolutamente equivocada), em terrae brasilis, da ponderação (*Abwägung*) da Teoria da Argumentação proposta por R. Alexy”.

²⁶² HUMBERTO ÁVILA. “Teoria dos (...)” *op. cit.*, p. 50.

²⁶³ ROBERT ALEXY. “Teoría de los (...)”, *op. cit.*, p. 68.

a uma *norma de direito fundamental atribuída*²⁶⁴, que tem a característica de regra, a ser aplicada por subsunção no caso em análise e em casos futuros que guardem semelhança àquele anterior.²⁶⁵

Entendemos, portanto, ter andado mal o legislador ao positivar a “*ponderação de normas*” no Código de Processo Civil.²⁶⁶ Tal disposição apenas ecoa a forma criticável²⁶⁷ com que a ponderação tem sido utilizada no Brasil. Ora, se a regra já vinha sendo má utilizada na solução de colisões entre princípios, para as quais foi proposta, como se viu no caso Hellwanger e se verá quando abordarmos a sua crítica, o que dizer sobre o seu desvirtuamento? É diante deste cenário que passaremos a questionar a própria constitucionalidade do §2º do art. 489 do Código de Processo Civil.

2.3.2.1 – A INCONSTITUCIONALIDADE DO §2º DO ART. 489 DO CPC BRASILEIRO

Em momentos anteriores abordamos a regra da proporcionalidade, suas sub-regras, sua concepção em Alexy e sua forma de aplicação na solução de colisões entre princípios. Apontamos ainda a impossibilidade de aplicação da regra da proporcionalidade para a solução de um conflito entre regras ressaltando, contudo, a possibilidade de, em casos de colisões entre regras e princípios, que se recorra a um *sopesamento* em sede de *interpretação* da regra como forma de argumentação jurídica, mas não na *aplicação* da regra²⁶⁸.

O Código de Processo Civil brasileiro, em vigor desde março de 2016, inovou ao trazer disposição que previu a possibilidade de *ponderação de normas* a ser efetuada com

²⁶⁴ ROBERT ALEXY. “*Teoria dos direitos (...)*”, *op. cit.*, p. 102.

²⁶⁵ FAUSTO SANTOS DE MORAIS. “*Hermenêutica e pretensão de correção (...)*” *op. cit.*, em sua tese de Doutorado, analisando 189 decisões do STF no período de 07/07/2002 a 07/07/2012, demonstrou que, ainda que fundamentadas na ponderação, em nenhuma delas a técnica foi utilizada nos moldes propostos por Robert Alexy.

²⁶⁶ NELSON NERY JUNIOR; ROSA MARIA DE ANDRADE NERY. “*Código de processo civil comentado*”. 16ª ed. rev., atual. ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1251; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, et al. “*Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*”. 2ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 876.

²⁶⁷ LENIO LUIZ STRECK (“*Art. 489. In Comentários ao Código de Processo Civil*”. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 689) ao analisar a aplicação da ponderação na técnica brasileira esclarece que: “Tradicionalmente, os juristas do Brasil têm simplificado a ponderação, simplesmente colocando um princípio contra (ou em relação de colisão com) outro. O resultado dessa colisão advirá da escolha discricionária do juiz. Por vezes, ocorre alguma justificação[...] Mas, ao fim e ao cabo, o que tem sido visto é a simples contraposição. Esse problema agora pode vir a ser agravado com a “colisão entre regras”.

²⁶⁸ Cf. VIRGILIO AFONSO DA SILVA, “*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 54.

a necessária demonstração dos critérios utilizados a justificar a “interferência na norma afastada”.

Como se abordou anteriormente, o art. 489, §2º do CPC foi recebido pela doutrina brasileira com certo otimismo, seja por não enxergarem problemas em se ponderar regras²⁶⁹, seja por lerem *princípios* onde o legislador escreveu *normas*²⁷⁰.

Como já referido, não comungamos destes posicionamentos. Entendemos ter ocorrido um equívoco²⁷¹ na disposição processual e um equívoco inconstitucional²⁷².

É que a Constituição brasileira em seu art. 93, IX estabelece a necessidade de fundamentação de todas as decisões do Poder Judiciário, sob pena de nulidade²⁷³. Nesta linha, o Código de Processo Civil trouxe em seu art. 10º e 489 a necessidade de fundamentação das decisões judiciais e a vedação da “surpresa” das partes por decisões tomadas com base em fundamentos sobre os quais não lhes foi oportunizada a manifestação, sendo que o art. 926 determina o dever de os tribunais uniformizarem a sua jurisprudência mantendo-a estável, íntegra e coerente.²⁷⁴

Neste diapasão causa espécie a hipótese consagrada no novo CPC de ponderação de normas. Ponderar normas traz em si a possibilidade não só de ponderação de princípios, mas também de regras e regras são imponderáveis. Ora, regras são normas que garantem direitos ou que impõe deveres definitivos que devem ser realizados na forma prevista pela regra, contanto que seja ela válida.²⁷⁵ O conflito entre regras, como já demonstrado, deve resolver-se no plano da validade com a aplicação de uma regra em

²⁶⁹ LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA. “*Dos elementos e dos (...)*” *op. cit.*, p. 1236; FLÁVIO TARTUCE. “*O novo CPC e o Direito Civil*” *op. cit.*, p. 20.

²⁷⁰ JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA. “*Novo Código de Processo Civil (...)*” *op. cit.*, p. 742; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, et al. “*Novo CPC (...)*” *op. cit.*, p. 367-368.

²⁷¹ NELSON NERY JUNIOR; ROSA MARIA DE ANDRADE NERY. “*Código de processo civil (...)*” *op. cit.*, p. 1251; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, et al. “*Primeiros comentários (...)*” *op. cit.*, p. 876.

²⁷² LENIO LUIZ STRECK em “*Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!*” *op. cit.*, já defendia o veto da ponderação de normas pela Presidente Dilma Rousseff. Não sendo ouvido externou então sua crítica à constitucionalidade do artigo em: “*Art. 489 (...)*” *op. cit.*, p. 689/691. Cf. também ANDRÉ KARAM TRINDADE; FAUSTO SANTOS DE MORAIS. “*Debate sobre ponderação no Novo CPC e os perigos do decisionismo*”. Consultor Jurídico. 10 de janeiro de 2015.

²⁷³ BRASIL. Constituição da República (1988). Art. 93, IX: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*”.

²⁷⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº. 13.105 de 2015.

²⁷⁵ Cf. ROBERT ALEXEY. “*Teoría de los derechos (...)*” *op. cit.*, p. 69; Idem. “*Teoria dos direitos (...)*” *op. cit.*, p. 91; HUMBERTO BERGMANN ÁVILA. “*Teoria dos Princípios (...)*” *op. cit.*, p. 70; CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de (...)*” *op. cit.*, p. 453/454; VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. “*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 44 e ss.

subsunção à outra ou através do estabelecimento de uma regra de exceção.²⁷⁶ Extraí-se daí que a aplicação das regras não se dá em uma escala que vai de “pouco” a “muito”. Não há que se falar em restrição da aplicação da regra no caso concreto. As regras se aplicam ou não, elas possuem exceções ou não e é esta característica que impede a sua ponderação.

Como se defendeu neste trabalho, o afastamento de uma regra em face de outra regra ou princípio pode se dar através da declaração de inconstitucionalidade ou mesmo através de critérios de resolução de antinomias²⁷⁷. A não aplicação de uma regra válida²⁷⁸ e criação de uma nova regra esbarra, ainda, em violação aos princípios da separação de poderes, da segurança jurídica e da legalidade.²⁷⁹

Admitir a ponderação de normas implica a ponderação de regras em face de outra regra ou princípio seja pela utilização *à brasileira*²⁸⁰ com o completo desvirtuamento da teoria alexyana e simples *escolha* feita pelo magistrado sobre uma regra ou princípio que reputa de maior relevância para o afastamento de outra regra ou princípio na solução do caso concreto²⁸¹; seja pela aplicação rigorosa da regra da proporcionalidade ao conflito de duas regras para a criação de outra regra em um processo sisifiano e alucinante.

É preciso repetir: a ponderação foi concebida para a solução de conflitos entre princípios, uma vez que são normas de caráter deontológico dotadas de elevado grau de indeterminação que traduzem valores da sociedade no ordenamento jurídico com vias de sua realização na maior medida do possível consideradas a realidade fática e jurídica existente²⁸². Possuem, como dizia Alexy, natureza de *mandamentos de otimização*²⁸³ podendo entrar em *tensão*²⁸⁴ com outros princípios no caso concreto.

²⁷⁶ Ver 1.4.1 – Conflito entre regras.

²⁷⁷ Ver 1.4.1 – Conflito entre regras e 1.4.3 – Colisão entre regras e princípios.

²⁷⁸ LENIO LUIZ STRECK, “Art. 489 (...)” *op. cit.*, p. 690 – identifica na posição do STF em não admitir a negativa de aplicação de um preceito normativo “sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade” (Reclamação 2.645, voto do Ministro TEORI ZAVASKI) coincidência às suas seis hipóteses em que um juiz pode deixar de aplicar uma lei ou regra jurídica. Cf. também do referido autor: “*Jurisdição Constitucional (...)*” *op. cit.*, p. 285-287; “*Verdade e Consenso*”. São Paulo: Saraiva, 2014b, p. 235-251.

²⁷⁹ LENIO LUIZ STRECK. “Art. 489 (...)” *op. cit.*, p. 690.

²⁸⁰ Idem. “*Verdade e Consenso*” *op. cit.*, p. 58-60; Idem. “*Jurisdição Constitucional (...)*” *op. cit.*, p. 285-287.

²⁸¹ Idem, “*Ponderação de normas no novo CPC? (...)*” *op. cit.* - alertava contra os perigos da ponderação de normas: “O malsinado dispositivo servirá para que o juiz ou tribunal escolha, de antemão, quem tem razão, ideológica-subjetivamente. Por exemplo, em caso de a amante buscar metade da herança, poderá dizer (lembramos do TJ-MA): há um conflito entre normas (entre o Código Civil e o princípio da afetividade) e poderá decidir, ponderando, contra a lei e a Constituição; ou, como denuncia Sergio Barroso de Mello (...), em ações de seguro, “juizes ignoram códigos”, porque escolhem “a questão social” (ou seja, basta ao juiz dizer que há um conflito entre normas e, bingo!, estará ponderando e decidindo conforme o novo CPC). Será que isso que queremos?”.

²⁸² Ver 1.3 – Conceitos adotados: regras e princípios.

²⁸³ Cf. ROBERT ALEXY. “*Teoría de los (...)*”, *op. cit.*, p. 67.

²⁸⁴ J. J. GOMES CANOTILHO. “*Direito Constitucional (...)*” *op. cit.*, p. 1182.

Esta relação de tensão resolve-se através da regra da proporcionalidade que possui, como já se viu, três etapas²⁸⁵ a serem seguidas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), sendo a ponderação realizada apenas na última etapa, qual seja em sede da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito. Apenas aqui será realizado um sopesamento dos princípios colidentes em que se terá em conta se o fim (princípio que pretende prevalecer) justifica a restrição ou não realização do direito fundamental (princípio que deve ceder). O resultado dessa ponderação é exatamente uma *norma de direito fundamental atribuída*, que tem a característica de regra, a ser aplicada por subsunção no caso em análise e em casos futuros que guardem semelhança àquele anterior²⁸⁶.

Não obstante, é necessário ressaltar a inutilidade do dispositivo processual. Como se demonstrou neste trabalho, ainda quando se fala em ponderação de regras o que se dá é uma ponderação na interpretação da regra e não na sua aplicação. A solução de conflitos entre regras, ainda quando se diz ter ocorrido através de uma ponderação, dá-se através de critérios clássicos de solução de antinomias. Ora, se regras são imponderáveis não é uma nova norma processual que as tornará ponderáveis no ordenamento jurídico brasileiro.

O que ocorre é que a ponderação, infelizmente, não tem sido aplicada corretamente no Brasil²⁸⁷, sendo objeto de contundente crítica²⁸⁸ que alerta para o perigo que a sua má-aplicação pode representar para os jurisdicionados que restam à mercê de seus juízes²⁸⁹ e é neste ponto que reside a inconstitucionalidade do parágrafo 2º do art. 489 do Código de Processo Civil brasileiro.

O parágrafo 2º do art. 489 do CPC brasileiro, ao permitir a ponderação de normas abre espaço para ponderação de regras. Abre espaço para que juízes aleguem a existência

²⁸⁵ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. *“O Proporcional e o Razoável”* op. cit., p. 34-35.

²⁸⁶ ROBERT ALEXU. *“Teoria dos direitos (...)”* op. cit., p. 102.

²⁸⁷ FAUSTO SANTOS DE MORAIS. *“Hermenêutica e pretensão de correção (...)”* op. cit., passim.

²⁸⁸ LENIO LUIZ STRECK (*“Art. 489 (...)”* op. cit., p. 689) alerta: “[...] há que se ter muito cuidado, para que o CPC não folclorize a ponderação, mormente se for levada em conta uma alegoria de autoria do Min. Roberto Barroso, considerada, para ele, a saída ideal em situações de conflito de interesses, valores ou normas. Na anedota-alegoria, o Ministro conta que um amigo seu comprou um Opala e resolveu testar a potência do carro. Ao chegar em uma cidade, em alta velocidade, o tal amigo se deparou com um cortejo fúnebre pela frente. Ao ver que não conseguiria frear a tempo, pensou: ‘vou mirar no caixão’. Guardado o lado anedótico, no fundo é assim que a ponderação à brasileira vem sendo feita. Faz-se uma escolha. Como se decisão fosse escolha. Como se estivesse na esfera do juiz escolher. Como se a lei e os fatos estivessem a sua disposição. Por isso, mira-se o caixão”.

²⁸⁹ Cf. ANDRÉ KARAM TRINDADE; FAUSTO SANTOS DE MORAIS. *“Debate sobre ponderação (...)”* op. cit., passim.

de uma colisão de normas a permitir a sua ponderação em ampla arbitrariedade. Há aqui uma violação ao dever de fundamentação das decisões judiciais previsto no art. 93, IX da Constituição brasileira, há violação, em uma interpretação sistemática²⁹⁰, dos princípios de coerência, integridade e da não surpresa consagrados no Código de Processo Civil que preza pela segurança jurídica.

Portanto, andou mal o legislador ordinário ao positivizar a ponderação de normas no Código de Processo Civil. Tal inconstitucional equívoco, ainda que não reconhecido por parte da doutrina, vem apenas a contribuir para a ampla crítica existente contra a ponderação que a seguir passaremos a tratar.

2.4 – CRÍTICA À PONDERAÇÃO

A crítica contra a ponderação, já observável quando tratamos da sua utilização no Brasil através de análise da jurisprudência (HC 82.424 do STF) e do ordenamento jurídico (art. 489, §2º do Código de Processo Civil) brasileiro, tem se sustentado sobre dois argumentos: a *discricionariedade* ou *subjetividade do juiz* no momento de aplicação da proporcionalidade em sentido estrito e a *ilegitimidade do Tribunal Constitucional* para se opor às escolhas políticas do Executivo e do Legislativo.

2.4.1 – O ARGUMENTO DA DISCRICIONARIEDADE OU SUBJETIVIDADE DO JUIZ

Como abordado em momento anterior, a ponderação ocorre na terceira sub-regra da proporcionalidade, qual seja no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito²⁹¹ que consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos com o fim de se evitar a restrição de direitos fundamentais além do justificável pelo fim pretendido²⁹².

O primeiro argumento contra a ponderação, que poderia se dizer de caráter interno, concentra-se neste momento. Argumenta-se contra a discricionariedade do juiz

²⁹⁰ LENIO LUIZ STRECK, “Art. 489 (...)” *op. cit.*, p. 690/691.

²⁹¹ SUZANA DE TOLEDO BARROS. “O princípio da proporcionalidade (...)”. *op. cit.*, p. 82 e ss; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ. “Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 152; PAULO BONAVIDES, “Curso de (...)” *op. cit.*, p. 406-407.

²⁹² ROBERT ALEXY (“Teoria dos (...)” *op. cit.*, p. 167. Idem. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales” *op. cit.*, p. 31) identifica a proporcionalidade em sentido estrito à **lei do sopesamento** que dispõe o seguinte: “Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro”. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. “Direitos Fundamentais (...)” *op. cit.*, p. 175.

na escolha²⁹³ dos princípios em colisão que poderia se dar a despeito de outros princípios, eventualmente de maior peso, mas não considerados no momento da ponderação. Esta escolha, por fundamental, capaz de influenciar no resultado do sopesamento, revelaria o caráter político da interpretação.²⁹⁴ Neste mesmo sentido questiona-se ainda a subjetividade do juiz na atribuição de pesos aos princípios em colisão, uma vez que estaria o magistrado livre para atribuir valores aos princípios de acordo com sua ideologia²⁹⁵.

Forstoffs²⁹⁶, Schmitd²⁹⁷ e Bockenforde já alertavam contra uma interpretação baseada em valores, eis que são permeáveis à subjetividade jurisdicional e potenciais causas de conflitos e inquietação social. Uma interpretação axiológica, neste sentido, refletiria mera disposição pessoal de quem é plenamente livre para valorar como quiser.²⁹⁸

A visão axiológica dos direitos fundamentais teria o efeito indesejável de fragilizá-los. Ora, condicionados ao mutável arbítrio judicial,²⁹⁹ os direitos fundamentais seriam aquilo que os intérpretes³⁰⁰ entendessem como tal.

²⁹³ LENIO LUIZ STRECK. *“Verdade e Consenso”* op. cit., p. 240-242.

²⁹⁴ CARLOS BLANCO DE MORAIS (*“Curso (...)”* op. cit., p. 682/683) entende que: “A justificação da atribuição de um maior peso a um princípio sobre outro, num processo de concretização estribado na técnica da ponderação assenta, essencialmente, na pertinência da argumentação jurídica e técnica, e menos em fórmulas matemáticas, incapazes de quantificar com rigor, elementos qualitativos de expressiva relevância” e, citando Habermas e Schlink, pontua que estes acusaram Alexy de: “[...] complicar e embrulhar a sua construção num conjunto de equações matemáticas, injetadas artificialmente para o universo jurídico-dedutivo a um conjunto de critérios, cujo rigor determinante não teria logrado demonstrar. A fórmula matemática poderia ser manipulada pelo intérprete que, de acordo com as suas ideologias ou pré-compreensões jurídico filosóficas, poderia adulterar o valor dos “pesos” que atribui a cada variável e a partir daí chegar a uma qualquer solução, a qual pode ser totalmente distinta de um juízo de ponderação sobre o mesmo caso, realizada por diferentes intérpretes utilizando pesos diversos”. Cf. também LUÍS PEREIRA COUTINHO. *A “Convergência de Pensões” como Questão Política*. In E-publica.pt – Revista Eletrónica de Direito Público, n.º 1, 2014, p. 07.

²⁹⁵ CARLOS BLANCO DE MORAIS (*“Curso (...)”* op. cit., p. 681), citando Garcia Amado, analisa que: “o resultado depende, em primeiro lugar, da prévia interpretação das normas concorrentes, constitucionais e legais, que se encontram em tensão”.

²⁹⁶ ERNEST FORSTHOFF. *“Los derechos fundamentales”*. In: El estado de la sociedad industrial. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

²⁹⁷ CARL SCHMITT. *“La tiranía de los valores”*. Revista de Estudios Políticos, jan.-fev. 1961.

²⁹⁸ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (*“Juízo de ponderação (...)”* op. cit., p. 68), analisando a crítica de Schmitt, resume que: “O recurso a argumentos de valor como meio para a atividade jurisdicional tornaria a resolução de conflitos algo incontrolável e inseguro, expondo os direitos à aniquilação. Instituiria, assim, sob o bastão do Judiciário, uma tirania daqueles valores professados pelos tribunais superiores”.

²⁹⁹ ERNST-WOLFGANG BOCKENFORDE. *“Escritos sobre derechos fundamentales”*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 58.

³⁰⁰ STEVEN D. SMITH (*“The Constitution and (...)”* op. cit., p. 97-98) reconhece o apelo de argumentos baseados em princípios e convenções morais no discurso constitucional moderno.

Neste sentido também Habermas se posiciona contra a ponderação. Crítico à livre valoração dos princípios³⁰¹ defende que os direitos fundamentais, enquanto normas, tem aplicação obrigatória e não devem depender da análise de custos e vantagens no caso concreto.³⁰² Eventual conflito entre direitos fundamentais se resolveria através de testes de adequação e necessidade na busca de uma norma que melhor se ajuste ao caso concreto.³⁰³

Alenikoff apresenta fundamental estudo sobre a ponderação no sistema americano. Sob uma crítica interna, aponta a ausência de desenvolvimento de um critério objetivo a permitir a comparação entre as decisões judiciais e o peso atribuído aos princípios conflitantes.³⁰⁴

A ponderação permitiria o subjetivismo do juiz na medida que possibilita sua escolha acerca dos interesses conflitantes e da importância que assumem no caso concreto³⁰⁵, o que poderia ser evitado caso existisse uma escala externa³⁰⁶ de valores que guiasse o juiz na valoração do peso dos princípios e interesses conflitantes. Contudo, na falta de tal escala os juízes da Suprema Corte americana têm valorado livremente as reais consequências de suas decisões.³⁰⁷ Isto resulta, como se viu no caso *Hellwanger*, em decisões tomadas por majorias, cuja divergência tem origem em opiniões conflitantes sobre o peso dos princípios sopesados.³⁰⁸

Robert Nagel explica que a precisão da ponderação é meramente superficial, vez que o método carece de clareza e limitação à subjetividade judicial. A discricionariedade,

³⁰¹ JÜRGEN HABERMAS (*"Direito e Democracia (...)" op. cit.* vol. I, p. 321) diferencia princípios de valores no seguinte sentido: "Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários".

³⁰² "Os direitos fundamentais, ao contrário, ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens" (JÜRGEN HABERMAS. *"Direito e Democracia (...)" op. cit.* vol. I, p. 322).

³⁰³ Cf. JÜRGEN HABERMAS. *"Direito e Democracia (...)" op. cit.*, vol. I, p. 322-323.

³⁰⁴ ALEXANDER ALENIKOFF. *"Constitutional Law in the age of balancing"*. Yale Law Journal, v. 96, n. 5, 1987, p. 972.

³⁰⁵ ALEXANDER ALENIKOFF (*"Constitutional Law (...)" op. cit.*, p. 988), esclarece: "[...] the problem is that balancing does not require the Court to develop and defend a theoretical understanding of a constitutional provision. Under a balancing approach, the Court searches the landscape for interests implicated by the case, identifies a few, and reaches a reasonable accommodation among them".

³⁰⁶ LAURENCE H. TRIBE; MICHAEL C. DORF. *"On Reading the Constitution"*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 66.

³⁰⁷ ALENIKOFF (*"Constitutional Law (...)" op. cit.*, p. 973-974) critica a ponderação realizada pela Suprema Corte americana: "Sometimes the Court looks at actual numbers, but frequently it adopts a seat-of-the-pants approach, freely speculating on the real world consequences of particular rules".

³⁰⁸ *Ibid*, p. 975; STEVEN D. SMITH, *"The Constitution and (...)" op. cit.*, p. 122.

ao invés de restringida, é exacerbada possibilitando aos juízes o afastamento de normas e práticas.³⁰⁹

Esta imprecisão apontada por Nagel sinaliza outro problema interno que se traduz na falta de fundamentação do julgado. Alenikoff enxerga nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América a mesma deficiência apontada por Fausto Santos de Moraes³¹⁰ em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

É que nas decisões fundamentadas em um juízo de ponderação as Cortes falham em demonstrar as razões que a levaram a atribuir um peso maior a um princípio em relação a outro.³¹¹ Valora-se e decide-se, mas tal valoração parece acontecer dentro de uma “*black box*” à qual não se dá publicidade e leva a questionamento sobre a própria racionalidade do processo que parece mais se identificar a um tipo de decisão própria do realismo jurídico.³¹²

Richard A. Posner joga certa luz sobre essa “caixa preta” ao concordar com comentário feito pelo Justice Holmes em carta a Harold Laski. Argumentou o *Justice* que toda lei que fosse aprovada em um “*puke test*”, ou seja, que não lhe causasse ânsia de vômito, era constitucional. Posner alerta que o comentário não deve ser tido como literal, mas no sentido de que os valores e convicções dos magistrados, sua subjetividade, está presente no processo decisório ainda que não se possam justifica-los racionalmente.³¹³

Ainda que se saiba que o juízo de ponderação, como concebido por Alexy, exija que se tomem em consideração todas as circunstâncias práticas e jurídicas em torno de princípios conflitantes, na prática, esse inventário não ocorre quer por falta de vontade quer por falta de competência técnica.³¹⁴

³⁰⁹ ROBERT NAGEL (“*Constitutional Cultures: The Mentality and Consequences of Judicial Review*”. Berkeley: University of California Press, 1989, p. 147) já alertava: “Despite their superficial precision, neither the content nor the shape of modern formulae communicates clarity and constraint. The formulae are demands – multiple, repetitive, shifting, and sometimes inconsistent. The style reflects intellectual embarrassment about the existence of judicial discretion, but is designed to assure plentiful opportunities for its exercise. In combination with the mechanical tone of formulaic opinions, the palpable range of choice inherent in the formulae communicates, not objectivity, but power without responsibility. Rather than binding, the formulaic style frees the Court, like some lumbering bully, to disrupt social norms and practices at its pleasure”.

³¹⁰ FAUSTO SANTOS DE MORAIS. “*Hermenêutica e pretensão de correção (...)*” *op. cit.*

³¹¹ ALEXANDER ALENIKOFF. “*Constitutional Law (...)*” *op. cit.*, p. 976; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. “*Juízo de ponderação (...)*” *op. cit.*, p. 99.

³¹² ALEXANDER ALENIKOFF. “*Constitutional Law (...)*” *op. cit.*, p. 976.

³¹³ RICHARD A. POSNER. “*Overcoming Law*”. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 192.

³¹⁴ ALEXANDER ALENIKOFF. “*Constitutional Law (...)*” *op. cit.*, p. 977-978

Esta deficiência é reconhecida por Louis Henkin³¹⁵ que adverte para os perigos que a ponderação, utilizada indiscriminadamente, pode representar para a atividade jurisdicional. Sob um juízo de ponderação os juízes podem se sentir tentados a expandir sua autoridade e diminuir o custoso trabalho de fundamentação de decisões.³¹⁶ Por outro lado, a ponderação, na medida que coloca direitos fundamentais sob a mercê de juízes, sujeita-os a pressões externas de interesses políticos privados e desestimula a tomada de decisões jurídicas impopulares.³¹⁷

A ampla subjetividade e a falta de fundamentação dos julgados ferem gravemente a ponderação vez que possibilita, como se viu no caso Hellwanger, que um bom advogado ou magistrado utilize-a para alcançar o resultado que mais lhe interesse. Este defeito assume especial relevância em um sistema constitucional de regras e princípios. É que, como alerta Steven D. Smith, na medida em que se assume que uma disposição pode significar qualquer coisa ela pode não significar nada.³¹⁸ Assim, arrisca-se a própria normatividade da Constituição com resultados nefastos para toda a sociedade.³¹⁹

2.4.2 – O ARGUMENTO DA ILEGITIMIDADE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O segundo argumento relaciona-se ao aspecto político³²⁰ da ponderação. Argumenta-se que a *escolha* dos princípios em colisão e a determinação do peso que eles assumem no caso concreto representaria uma invasão do Judiciário na competência dos

³¹⁵ LOUIS HENKIN. “*Infallibility under law: constitucional balancing*”. Columbia Law Review, 78, no. 5, 1978, p. 1022-1049.

³¹⁶ LOUIS HENKIN (“*Infallibility under (...)*” *op. cit.*, p. 1047-1048) não está alheio às vantagens da ponderação, mas alerta contra seus perigos: “Balancing is highly appealing. It provides bridges between the abstractions of principle and the life of facts. It bespeaks moderation and reasonableness, the Golden Mean. [...] But balancing has its dangers. Its reasonableness and simplicity are seductive, the way it points is sometimes too easy, the answers it provides too uncritical. It responds to the temptation of judges to enhance their authority or to simplify their task, permitting an essentially impressionistic reaction, avoiding the difficult task of constitucional construction”.

³¹⁷ *Ibid*, p. 1048.

³¹⁸ STEVEN D. SMITH (“*The Constitution and (...)*” *op. cit.*, p. 123) pontua: “A protean rhetoric that has become notoriously competent to support almost any position is in danger of losing its efficacy. Similarly, once it is understood that a particular text can plausibly mean anything and everything, the text may come to mean nothing: It becomes not a meaningful text, but more a kind of political Rorschach blot. Hence, the prodigality of constitutional rhetoric threatens to rob it of persuasive force”.

³¹⁹ LAURENCE H. TRIBE; MICHAEL C. DORF. “*On Reading the Constitution*”. *op. cit.*, p. 17.

³²⁰ CARLOS BLANCO DE MORAIS, “*Curso (...)*” *op. cit.*, p. 682/683; LUÍS PEREIRA COUTINHO. “*A Convergência de Pensões como (...)*” *op. cit.*, p. 07.

Poderes Executivo e Legislativo, órgãos eletivos e ideais para as necessárias decisões políticas que envolvem a demarcação e conciliação de interesses e valores conflitantes.³²¹

Ao Judiciário, órgão não eletivo, exposto às mesmas ideologias que os políticos³²² e, por isso, carente de legitimidade para se contrapor contra decisões políticas feitas pelos representantes do povo³²³, caberia tão somente assegurar o Estado de Direito através da abertura efetiva do processo democrático.³²⁴

Neste sentido, o *Justice Antonin Scalia* defendia que, em uma democracia constitucional, em que juízes são chamados a decidir casos difíceis, inclusive por meio de decisões contramajoritárias, o Estado Constitucional possui maior sustentação quando fundado em regras, não princípios, e os *juízos categóricos*³²⁵ prevalecem sobre os de *ponderação*.³²⁶

Em sua visão, a opção por juízos categóricos garante maior racionalidade ao *decisum* e evita a prolação de decisões diferentes em situações pouco distintas, o que criaria, mormente perante o público leigo, a impressão de tratamento desigual ou discriminatório.³²⁷ Este juízo seria vantajoso, ainda, no combate à prodigalidade de divergência jurisprudencial entre as várias instâncias judiciais, na prevenção ao desprestígio do direito e da justiça, na obtenção de maior grau de previsibilidade das decisões e, em último grau, na garantia de uniformidade e coerência da jurisprudência.³²⁸

O juízo de ponderação é atacado porque implicaria na apreciação política de valores. Steven D. Smith questiona a legitimidade do Tribunal em avaliar, através da

³²¹ LOUIS HENKIN. *"Infallibility under (...)"* op. cit., p. 1049; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. *"Juízo de ponderação (...)"* op. cit., p. 102; ALEXANDER ALENIKOFF. *"Constitutional Law (...)"* op. cit., p. 984-986.

³²² Cf. JÜRGEN HABERMAS. *"Direito e Democracia (...)"* op. cit., vol. I, p. 343.

³²³ JOHN HART ELY. *"Democracy and distrust: a theory of judicial review"*. Cambridge: Harvard University, 1980.

³²⁴ JÜRGEN HABERMAS. *"Direito e Democracia (...)"* op. cit. vol. I, p. 326-327. Em análise da obra de Habermas, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (*"Juízo de ponderação (...)"* op. cit., p. 84) pontua que, no tocante à ponderação, para o teórico alemão seria, além de desprovida de racionalidade: "[...] ilegítima, por escapar do papel que se reserva à Corte no interior de uma sociedade democrática, assentada na definição de direitos pelos próprios cidadãos, tidos, assim, como destinatários e autores das normas postas".

³²⁵ O modo categórico, tido como oposto ao modo da ponderação, reconhece as normas constitucionais como regras. Neste sentido, sustenta a necessidade de o intérprete definir o âmbito de aplicação da regra e, assim, a proteção dos direitos. Cf. ALEXANDER ALENIKOFF, *"Constitutional Law (...)"* op. cit., p. 989; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. *"Juízo de ponderação (...)"* op. cit., p. 89.

³²⁶ ANTONIN SCALIA. *"The rule of law as a law of rules"*. The University of Chicago Law Review, vol. 56, n. 4, 1989, p. 1180.

³²⁷ Ibid, p. 1178.

³²⁸ ANTONIN SCALIA. *"The rule of law (...)"* op. cit., p. 1179.

ponderação, as opções feitas pelo legislador. Ora, por que juízes, não eleitos, distantes e desconhecedores da realidade prática poderiam opor o seu juízo ao dos legisladores?³²⁹

Alenikoff concede ao argumento de que o sopesamento realizado serviria a uma forma revisional do processo legislativo a fim de evitar possíveis erros na apreciação dos interesses conflitantes. Mas por que aceitar a resposta do Judiciário? Ainda mais em sistemas em que tal revisão já é garantida pelo bicameralismo.³³⁰ Não haveria razão que justificasse ao Judiciário a tomada de decisões finais de natureza política, quanto mais porque, em sede de democracias representativas, tal tarefa cabe ao Poder Legislativo democraticamente eleito. Afinal, qual é o papel do juiz constitucional e a natureza do controle de constitucionalidade?³³¹

Ora, se a jurisdição constitucional tem o dever de assegurar o funcionamento correto do sistema político protegendo os canais de formação da livre vontade popular caberia tão somente ao juiz constitucional recusar medidas que contrariassem esse ideal democrático³³². Não haveria, contudo, legitimidade para o sopesamento de valores e interesses conflitantes, mormente quando tais valores e interesses foram considerados pelo Legislativo e Executivo quando da elaboração da medida impugnada junto do Judiciário.³³³

Neste sentido, Luís Pereira Coutinho, preocupado com o protagonismo assumido pelo Judiciário no enfrentamento de questões políticas e, inspirado pela atuação do Tribunal Constitucional português durante o que ficou conhecido por “*jurisprudência da crise*”³³⁴, propõe a hipótese de uma virtuosa *passividade judicial*.³³⁵ Questiona a possibilidade da Corte Constitucional, à qual é dada a última palavra para criar ou rejeitar

³²⁹ STEVEN D. SMITH. “*The Constitution and (...)*” *op. cit.*, p. 101; LUÍS PEREIRA COUTINHO, analisando a atuação do Tribunal Constitucional português questiona a sua legitimidade em se opor à ponderação realizada pela Assembleia da República. (“*A “Convergência de Pensões” como (...)*” *op. cit.*, p. 18-19).

³³⁰ ALEXANDER ALENIKOFF. “*Constitutional Law (...)*” *op. cit.*, p. 984.

³³¹ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. “*Juízo de ponderação (...)*” *op. cit.*, p. 102.

³³² Cf. JÜRGEN HABERMAS. “*Direito e Democracia (...)*” *op. cit.*, p. 326-327

³³³ ALEXANDER ALENIKOFF. “*Constitutional Law (...)*” *op. cit.*, p. 985/986.

³³⁴ LUÍS PEREIRA COUTINHO; GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO (org). “*O Tribunal Constitucional e a crise – Ensaio crítico*”. Coimbra: Almedina, 2014b.

³³⁵ LUÍS PEREIRA COUTINHO. “*The Passive Sovereignty of the Constitutional Judge a State Theory Approach*”. In: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; SMITH, Steven D. (editors). *Judicial Activism: an Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*. Springer International Publishing, 2015, p. 119; Idem. “*A “Convergência de Pensões” (...)*” *op. cit.*, p. 09-10.

leis³³⁶, resistir à utilização de tal poder, mesmo ante leis inconstitucionais, devido ao reconhecimento de uma necessidade estatal emergencial.³³⁷

Em sua análise, Coutinho defende que, sob uma perspectiva do Estado de Direito, o exercício da passividade judicial, ao exigir dos juízes a fundamentação da decisão em uma situação excepcional, quando está em causa uma *questão política*³³⁸, garante que estes esclareçam os valores e interesses em jogo que motivam a passividade adotada. Esta exigência evitaria decisões, como as da jurisprudência da crise, em que a Corte, sob uma justificativa essencialmente legalista, decidia por argumentos de necessidade, não suficientemente sustentados, inclusive definindo as políticas a serem implementadas.³³⁹

O professor português reconhece a dificuldade de aplicação dessa passividade judicial em sistemas kelsenianos. Contudo, defende que no contexto do direito constitucional positivo, a passividade judicial consiste no reconhecimento de uma questão como uma *“questão política”*³⁴⁰ a ser resolvida pelos poderes políticos na forma constitucionalmente estabelecida.

A posição de Luís Pereira Coutinho, em relação à passividade judicial, de defesa de um retorno do Judiciário ao seu papel constitucional de aplicador da lei e não de criador da lei é talvez revolucionária. É que, como alertava Alenikoff, a ponderação transforma o discurso constitucional em um discurso da razoabilidade de ações estatais.³⁴¹

Neste sentido, o juízo de ponderação, ao exigir uma análise dos diversos interesses conflitantes e da decisão legislativa ou executiva tomada para a solução do conflito, representaria uma invasão do Judiciário sobre a competência do Executivo e do Legislativo colocando na balança não só a separação dos poderes, mas, como alertado por

³³⁶ LUÍS PEREIRA COUTINHO, *“The Passive Sovereignty (...)” op. cit.*, p. 120-121, questiona a identificação do Judiciário ao “Soberano” hobbesiano, uma vez que deteria a última palavra estatal na criação ou rejeição de leis. Esta identificação, ainda que criada por uma Constituição e, conseqüentemente, negatória da “Soberania” no sentido hobbesiano, torna-se importante em sua análise da possibilidade de atuação do Judiciário como um “Soberano passivo”.

³³⁷ *Ibid.*, p. 119-120.

³³⁸ LUÍS PEREIRA COUTINHO (*“A “Convergência de Pensões” (...)” op. cit.*, p. 10) utiliza-se de um sentido fraco, não forte, de questão política: “[...]o que está em causa não é a não judiciabilidade do “caso” (...). O que está em causa é tão só, a verificação de que a eventual aplicação ao caso de dado princípio, e inerente invalidação de solução legislativa, envolve uma ponderação que não se encontra ao alcance do juiz constitucional, cumprindo-lhe deferir perante as razões do legislador. Já no caso de a mesma solução se encontrar em crise à luz de uma qualquer outra norma constitucional – seja uma regra material, seja uma norma organizatória – o poder-dever de um tribunal a apreciar e invalidar permanece inquestionado”.

³³⁹ LUÍS PEREIRA COUTINHO. *“The Passive Sovereignty (...)” op. cit.*, p. 130; *Idem.* *“A “Convergência de Pensões (...)” op. cit.*, p. 18-19.

³⁴⁰ *Idem.* *“The Passive Sovereignty (...)” op. cit.*, p. 131-132.

³⁴¹ ALEXANDER ALENIKOFF. *“Constitutional Law (...)” op. cit.*, p. 988.

Alenikoff³⁴² e depois por Laurence H Tribe e Michael C. Dorf³⁴³, a própria normatividade da Constituição.

Assim, a ponderação deveria permanecer restrita a casos extremos e raros³⁴⁴ em que a solução não fosse possível através de outros métodos menos problemáticos. Isso não significa dizer que o sopesamento deva ser abandonado, apenas que não deve ser o único recurso de magistrados na análise de casos concretos em que estiverem em causa interesses e direitos constitucionais conflitantes.³⁴⁵ Uma possível alternativa seria o esforço interpretativo consistente na definição do conteúdo da norma constitucional e de seus limites³⁴⁶.

2.5 – DEFESA DA PONDERAÇÃO

Como já dito neste trabalho, a Constituição é um sistema aberto³⁴⁷ de regras e princípios dotados de força vinculante sobre o direito infraconstitucional. Tais normas constitucionais podem entrar em conflito, sendo tal conflito, no caso das regras, resolvido através de subsunção. No caso dos princípios, ainda que harmônicos abstratamente, a sua colisão no caso concreto não é resolvida através da declaração de invalidade de um ou do estabelecimento de uma cláusula de exceção de um em relação ao outro. A ponderação exsurge como resposta a esta questão – e aqui reside a justificação de sua utilização – ao permitir que tais preceitos rivais prossigam válidos estabelecendo apenas que, no caso concreto, um assuma maior significado que o outro.³⁴⁸

Todavia, como vimos anteriormente, a ponderação tem sido bastante criticada o que parece denotar um carácter problemático. Certamente seus defeitos ficaram claros nos pontos anteriores. Defeitos estes apontados, seja em um aspecto interno, que se liga à forma *discricionária e subjetiva* como a ponderação tem sido utilizada pelos juízes a

³⁴² ALEXANDER ALEINIKOFF. “Constitutional Law (...)” *op. cit.*, p. 992 – “If each constitutional provision, every constitutional value, is understood simply as an invitation for a discussion of good social policy, it means little to talk of constitutional “theory”. Ultimately, the notion of constitutional supremacy hangs in the balance. For under a regime of balancing, a constitutional judgment no longer looks like a trump. It seems merely to be a card of a higher value in the same suit”.

³⁴³ LAURENCE H. TRIBE; MICHAEL C. DORF. “On Reading the Constitution”. *op. cit.*, p. 17.

³⁴⁴ ALEXANDER ALEINIKOFF. “Constitutional Law (...)” *op. cit.*, p. 1000.

³⁴⁵ *Ibid*, p. 1002-1003.

³⁴⁶ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO. “Direito Constitucional (...)” *op. cit.*, p. 1280 e ss.; GILMAR FERREIRA MENDES. “Curso de (...)” *op. cit.*, p. 209 e ss.

³⁴⁷ J. J. GOMES CANOTILHO. “Direito Constitucional (...)” *op. cit.*, p.1162-1164.

³⁴⁸ Cf. ROBERT ALEXY. “Teoría de los (...)” *op. cit.*, p. 70/71; LUIS PIETRO SANCHÍS. “Justicia constitucional y derechos fundamentales”. Madrid: Trotta, 2003, p. 126.

possibilitar resultados divergentes, como se viu no caso Hellwanger; seja em um aspecto externo, que questiona a própria *legitimidade* dos magistrados em ponderar escolhas políticas realizadas pelos outros dois Poderes. Então por que é a técnica tão utilizada pela jurisprudência e estudada pela doutrina ao ponto de ser positivada como método de interpretação no processo civil brasileiro? Após tantos ataques é chegado o momento de sairmos em sua defesa e apresentarmos respostas às críticas até aqui expostas.

A seguir passaremos a contestar os principais argumentos apresentados pelos críticos da ponderação. Em resposta à questionada discricionariedade e subjetividade do juiz argumentaremos pela *racionalidade* da ponderação e, contra a alegada ilegitimidade do Judiciário para, através de juízos de ponderação, opor-se a decisões políticas do Executivo e do Legislativo, demonstraremos a plena harmonização de tais juízos com o Estado Democrático de Direito, ou seja, a *democraticidade* da ponderação.

2.5.1 – A RACIONALIDADE DA PONDERAÇÃO

Os críticos da ponderação, como se viu, questionam a racionalidade do processo argumentativo que se utiliza do sopesamento. Como se extrai, os seus argumentos se referem à indeterminabilidade da ponderação, incomensurabilidade de sua aplicação e a imprevisibilidade de seus resultados.³⁴⁹

A *indeterminabilidade* da ponderação relaciona-se à crítica³⁵⁰ de ausência de critérios que vinculem o juiz a uma interpretação objetiva e que impeça a apreciação e valoração subjetiva dos princípios colidentes no caso concreto. A *incomensurabilidade* na aplicação do juízo de ponderação³⁵¹ se daria pela inexistência de uma escala hierárquica externa de valores que se ponderam. Não existiria um critério objetivo que possibilitasse a comparação de juízos de ponderação efetuados na solução de colisões entre princípios. Por último, a crítica quanto à *imprevisibilidade* dos resultados da ponderação sustenta que decisões que se utilizam da ponderação na apreciação dos direitos fundamentais, por se

³⁴⁹ CARLOS BERNAL PULIDO. “La racionalidad de la ponderación”. In: CARBONELL, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 45.

³⁵⁰ LENIO LUIZ STRECK. “Verdade e Consenso” *op. cit.*, p. 240-242; CARLOS BLANCO DE MORAIS. “Curso (...)” *op. cit.*, p. 681; ALEXANDER ALEINIKOFF. “Constitutional Law (...)” *op. cit.*, p. 972, 988; ROBERT NAGEL. “Constitutional Cultures (...)” *op. cit.*, p. 147.

³⁵¹ LAURENCE H. TRIBE; MICHAEL C. DORF. “On Reading (...)” *op. cit.*, p. 66; ALEXANDER ALEINIKOFF. “Constitutional Law (...)” *op. cit.*, p. 972.

fundarem em uma visão axiológica, permitiriam juízos particularíssimos e imprevisíveis que, a despeito de se dizerem justos, arriscariam a fragilização³⁵² da normatividade destes direitos.

Todas estas críticas, como reconhecido por Carlos Bernal Pulido³⁵³, têm como ponto comum a imprevisibilidade dos resultados de juízos de ponderação devido à inexistência de critério objetivo na determinação do peso que princípios colidentes assumem no caso concreto.

Primeiramente, há que se dizer que alguns aspectos destas críticas são irracionais por serem *hiper-racionais*, ou seja, por exigirem da ponderação uma racionalidade que está além dos limites da racionalidade.³⁵⁴ Ora, ainda que haja razão no argumento de que a ponderação não exclui a subjetividade do juiz em sopesar, tal argumento não é suficiente para rechaçar a racionalidade da ponderação. É que também o silogismo, tido como raciocínio objetivo e racional, é objeto de apreciação subjetiva do silogista na medida em que este “*escolhe*” as premissas do silogismo. Não obstante esta subjetividade existente não se reputa tal raciocínio por irracional ou viesado, pelo contrário. Da mesma forma ocorre na ponderação.³⁵⁵

Também é infundado o argumento de que a ponderação não garante uma certeza absoluta sobre suas respostas. É que certezas jurídicas absolutas são inalcançáveis³⁵⁶, mormente quando se trata de algo tão controverso quanto direitos fundamentais que, no sentido defendido por Robert Alexy, identificam-se a princípios.³⁵⁷ Ou seja, são definições deontológicas, altamente indeterminadas, que traduzem valores da sociedade no ordenamento jurídico com vias de sua realização na maior medida do possível consideradas a realidade fática e jurídica existente. Neste sentido, a proporcionalidade, com suas sub-regras, é a forma de realiza-los no caso concreto.

³⁵² ERNST-WOLFGANG BOCKENFORDE. “*Escritos sobre (...)*” *op. cit.*, p. 58; STEVEN D. SMITH, “*The Constitution and (...)*” *op. cit.*, p. 97-98; JÜRGEN HABERMAS. “*Direito e Democracia (...)*” *op. cit.*, p. 321-322; LOUIS HENKIN. “*Infallibility under (...)*” *op. cit.*, p. 1048.

³⁵³ Cf. CARLOS BERNAL PULIDO. “*La racionalidad (...)*” *op. cit.*, p. 46-47.

³⁵⁴ JOHN ELSTER. “*Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*”. Traducción de Carlos Gardini. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 11 ss.

³⁵⁵ Cf. CARLOS BERNAL PULIDO. “*La racionalidad (...)*” *op. cit.*, p. 47.

³⁵⁶ HANS Kelsen (“*Teoria pura do direito (...)*” *op. cit.*, p. 393) demonstrando seu ceticismo acerca da possibilidade de uma única resposta correta postula: “A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas”.

³⁵⁷ VIRGILIO AFONSO DA SILVA. “*O proporcional e o razoável*” *op. cit.*, p. 43-44.

Ademais, é importante considerar que Alexy nunca sustentou a tese de uma única resposta correta. Com efeito, sua teoria propõe uma “*versión débil*”³⁵⁸ da única resposta correta em que esta serve como um ideal a ser buscado pelos participantes do discurso jurídico³⁵⁹ que, independentemente da existência ou não, devem pretender que a sua o seja.³⁶⁰

Carlos Bernal Pulido sustenta que a objetividade que se exige da ponderação só seria alcançável em um sistema jurídico ideal em que se determinasse, por completo, através de uma escala hierárquica, o conteúdo dos princípios e a sua importância em cada caso concreto. Em tal sistema, normas deontológicas definitivas e preestabelecidas determinariam a prolação de decisões jurídicas objetivas.³⁶¹

Tal sistema é, contudo, ao mesmo tempo impossível e inconveniente. É impensável que exista um poder constituinte dotado de tempo e capacidade não só para levar a cabo a tarefa hercúlea de reconhecer e regular todos os conflitos decorrentes da aplicação dos princípios, mas também de capacidades mediúnicas para prever colisões ainda não existentes ou imaginadas.³⁶² E, ainda que fosse possível, outros conflitos não imaginados poderiam surgir com o desenvolvimento e complexização da sociedade. A inconveniência se dá na medida em que referido sistema engessaria o legislador derivado e a interpretação judicial.³⁶³ A indeterminação, neste caso, serve ao propósito de manter a oxigenação da Constituição e dos direitos fundamentais.

Diante desta característica dos princípios, Alexy reconhece a impossibilidade de um sistema que exclua a discricionariedade na interpretação de colisões entre direitos fundamentais.³⁶⁴ Contudo, essa discricionariedade existe não só para o Judiciário, mas

³⁵⁸ ROBERT ALEXY. “*Sistema jurídico (...)*” *op. cit.*, p. 140.

³⁵⁹ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. “*Juízo de ponderação (...)*” *op. cit.*, p. 159.

³⁶⁰ ROBERT ALEXY. “*Sistema jurídico (...)*” *op. cit.*, p. 151; Idem. “*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p. 594; VIRGILIO AFONSO DA SILVA. “*A Constitucionalização (...)*” *op. cit.*, p. 121).

³⁶¹ CARLOS BERNAL PULIDO. “*La racionalidad (...)*” *op. cit.*, p. 48.

³⁶² ROBERT ALEXY (“*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p. 162-163) apesar de se posicionar contra a existência de uma ordem rígida de valores, defende a possibilidade de uma ordem flexível que pode surgir de duas formas: “(1) por meio de preferências *prima facie* em favor de um determinado princípio ou valor; e (2) por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências. Uma ordenação flexível dos valores constitucionalmente relevantes por meio de preferências *prima facie* é obtida, por exemplo, quando se pressupõe uma carga argumentativa em favor da liberdade individual, ou da igualdade, ou de interesses coletivos. Uma ordenação flexível por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências é obtida por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Ambas estão intimamente ligadas ao conceito de sopesamento”.

³⁶³ CARLOS BERNAL PULIDO. “*La racionalidad (...)*” *op. cit.*, p. 48-49.

³⁶⁴ CARLOS BERNAL PULIDO. “*La racionalidad (...)*” *op. cit.*, p. 49 – o autor ressalta ainda a existência de subjetividade na subsunção. Assim, entende não ser apropriado a substituição da supostamente incerta ponderação pela supostamente certa subsunção.

também para o Legislativo, e isto, como se sabe, não diminui a importância dos direitos fundamentais³⁶⁵ ou significa que o sopesamento seja realizado de “*forma arbitrária ou irrefletida, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários*”³⁶⁶.

A fundamentação é imprescindível ao juízo de ponderação. O julgador que se propõe a sopesar, corretamente, deve demonstrar todos os estágios de sua deliberação, seja na consideração das condições fáticas (adequação e necessidade) seja na consideração das condições jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito), momento em que deve fundamentar o grau de importância reconhecido a determinado princípio que pretende prevalecer sobre outro que lhe faz oposição.³⁶⁷

Esta estrutura trifásica, aliada à lei do sopesamento³⁶⁸, é que garante a racionalidade da ponderação e que fornece o critério objetivo para apreciação e comparação das decisões baseadas em juízos de ponderação. Além disso, torna explícitos os critérios relevantes na atribuição de peso aos princípios colidentes, permitindo uma fundamentação e argumentação lógica e embasada no Direito.³⁶⁹

É verdade que a aplicação do sopesamento carece de previsibilidade, contudo, a racionalidade exigida de sua correta utilização, no sentido de criação de uma *norma de direito fundamental atribuída*, que tem a característica de regra, a ser aplicada por subsunção no caso em análise e em casos futuros que guardem semelhança àquele anterior³⁷⁰, garante-lhe o preenchimento do critério de universalização³⁷¹, uma vez que evita o particularismo das decisões.³⁷²

A regra da proporcionalidade, para além de potencializar o entendimento da sociedade sobre a decisão tomada, possibilitando a crítica, compele a busca por valores

³⁶⁵ ROBERT ALEXY. “*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p. 611.

³⁶⁶ JÜRGEN HABERMAS. “*Direito e Democracia (...)*” *op. cit.*, p. 321. A esta crítica de Habermas ROBERT ALEXY (“*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p. 599) responde que: “As suposições que subjazem aos juízos sobre a intensidade de intervenção e o grau de importância não são arbitrárias. Para a sua fundamentação são apresentadas razões plausíveis. [...] Além disso, falar em uma aplicação ‘irrefletida’ seria possível apenas se essa aplicação não ocorresse de forma argumentativa. Os argumentos são a expressão pública da reflexão”.

³⁶⁷ LUIS PIETRO SANCHÍS (“*Justicia constitucional (...)*” *op. cit.*, p. 115) assume a existência de uma ampla discricionariedade do juiz, mormente nos casos de ponderação, contudo, observa que essa discricionariedade é domada por uma “*depurada argumentación racional*”.

³⁶⁸ ROBERT ALEXY. “*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p. 167. Idem. “*Epílogo a la teoría (...)*” *op. cit.*, p. 31; VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. “*Direitos Fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 175.

³⁶⁹ CARLOS BERNAL PULIDO. “*La racionalidad (...)*” *op. cit.*, p. 68.

³⁷⁰ ROBERT ALEXY. “*Teoria dos direitos (...)*”, *op. cit.*, p. 102.

³⁷¹ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (“*Juízo de ponderação (...)*” *op. cit.*, p. 140) reconhece que a racionalidade exigida à ponderação apenas suaviza as críticas de subjetivismo sem, contudo, as eliminar.

³⁷² ROBERT ALEXY, “*Teoria dos (...)*” *op. cit.*, p. 102-103; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. “*Juízo de ponderação (...)*” *op. cit.*, p. 170.

comuns diminuindo a subjetividade do juiz e propiciando a criação de uma *série de precedentes*.³⁷³ Assim, permite a aplicação consistente e coerente dos princípios e certa previsibilidade de decisões futuras³⁷⁴ ao mesmo tempo em que promove o debate em prol de consensos mais consistentes.³⁷⁵ Neste sentido, Steven D. Smith formula uma proposição que parece ser universal e capaz de embasar decisões de uma Corte Constitucional: “*é errado o atuar movido por ódio ou com más intenções em relação ao outro*”³⁷⁶.

Certo é que a ponderação não é perfeita. Ela permite certa discricionariedade na sua aplicação. Contudo, isto não diminui a sua racionalidade ou importância. Como se viu, alguma subjetividade é sempre existente na interpretação, exigir sua exclusão é não entender os limites da própria racionalidade.³⁷⁷

É importante, neste momento, lembrar a observação feita por Aristóteles: “*devemos também lembrar o que foi dito antes e não insistir em chegar à precisão em tudo indiscriminadamente; devemos buscar em cada classe de coisas a precisão compatível com o assunto, e até o ponto adequado à investigação*”³⁷⁸.

A ponderação, ainda que criticada, responde a esta exaltação aristotélica. Através de juízos de ponderação chega-se a soluções mais justas porque têm em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Possibilita, ainda, maior longevidade do sistema normativo ao permitir que os órgãos de decisão se valham das mesmas

³⁷³ ROBERT ALEX. *“Teoria dos (...)” op. cit.*, p. 163.

³⁷⁴ CARLOS BERNAL PULIDO. *“La racionalidad (...)” op. cit.*, p. 68.

³⁷⁵ O juiz americano FRANK COFFIN (*“Judicial balancing: the protean scales of justice”*. New York University Law Review, v. 63, 1988, p. 25) em resposta às críticas impostas à ponderação em artigo de autoria de Alenikoff defende a ponderação, enfatizando que problemas de subjetividade são evitados desde que seja a técnica tratada com cuidado, sensibilidade e utilizada de forma bastante clara a fim de que o julgador possa justificar sua decisão ou que se revele eventuais pré-compreensões e pré-julgamentos. Conclui o autor que a ponderação “[...] done well, is a disciplined process, a process with demanding standards of specificity, sensitivity, and candor. Open balancing restrains the judge and minimizes hidden or improper personal preference by revealing every step in the thought process; it maximizes the possibility of attaining collegial consensus by responding to every relevant concern of disagreeing colleagues; and it offers a full account of the decision-making process for subsequent professional assessment and public appraisal”.

³⁷⁶ STEVEN D. SMITH: “it is wrong to act from hatred or ill-will toward others” (*“Judicial Activism and Reason”*. In: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; SMITH, Steven D., (editors), *“Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences”*. Springer International Publishing, 2015, p. 27.)

³⁷⁷ CARLOS BERNAL PULIDO. *“La racionalidad (...)” op. cit.*, p. 49.

³⁷⁸ ARISTÓTELES. *“Ética a Nicômacos”*. Tradução de Mário da Gama Kury. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 25, 1098a.

estruturas regulatórias para tratar de novas circunstâncias, beneficiando a legitimidade das deliberações.³⁷⁹

A ponderação exorta aos juízes, influenciados pelos debates e por diversas opiniões sobre justiça, à prolação de decisões contextualizadas após devida reflexão sobre os efeitos do julgado para a sociedade como um todo.³⁸⁰

Ao menos nos casos difíceis – naqueles em que há uma colisão de princípios - o balanço de interesses e valores é inevitável. Nestes casos, a ponderação permite a conciliação com os ideais de uma sociedade plural e democrática, aclarando exatamente a motivação para a restrição de um direito fundamental.³⁸¹ Sendo assim, por reconhecer que grande parte da crítica imposta à ponderação se deve tanto a uma irracional exigência de hiper-racionalidade quanto à sua má utilização é que temos que a demonstração de sua racionalidade é capaz de superar os questionamentos até então apresentados.

2.5.2 – A DEMOCRATICIDADE DA PONDERAÇÃO

Muito se falou sobre a legitimidade do Poder Judiciário, órgão não eletivo, para, utilizando-se de juízos de ponderação, opor-se a decisões políticas tomadas pelo Executivo ou pelo Legislativo em relação à demarcação e conciliação de interesses e valores conflitantes,³⁸² questões estas próprias à atuação política.

³⁷⁹ KATHLEEN SULLIVAN (*"The justices of rules and standards"*. Harvard Law Review, n. 22, 1992, p. 66), em resposta à crítica do Justice Scalia aos juízos de ponderação e sua preferência pelas regras ao invés dos princípios, pontua: "If fairness consists of treating like cases alike, then there is an argument that standards are fairer than rules. Rule-based decisionmaking suppresses relevant similarities and differences; standards allow decisionmakers to treat like cases that are substantively alike. Standards are thus less arbitrary than rules. They spare individuals from being sacrificed on the altar of rules, notwithstanding the good that rule-boundedness brings to all. [...] Rules tend toward obsolescence. Standards, by contrast, are flexible and permit decisionmakers to adapt them to changing circumstances over time".

³⁸⁰ FRANK I. MICHELMAN (*"Traces of self-government"*. Harvard Law Review, v. 100, 1986, p. 34) observa que a ponderação "invite the expression and examination of doubts and disagreements, not just about formulation of a standard for cases like this, but about this case and how its resolution will, given the context, affect the meanings of the whole complex of governing standards".

³⁸¹ ROBERT ALEXANDER. *"Teoria dos (...)"* op. cit., p. 167; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (*"Juízo de ponderação (...)"* op. cit., p. 114) atenta que "Em casos difíceis, argui-se a desvalia da busca de critérios fixos, apriorísticos, dotados de valor absoluto, para se delimitar, em abstrato, com precisão inconciliável com a natureza dinâmica da vida social, todos os contornos dos princípios constitucionais, Seria infactível cingir o juiz, por meio de regras absolutas, as soluções para conflitos sempre previsíveis antes mesmo de os atermos acontecerem".

³⁸² LOUIS HENKIN. *"Infallibility under (...)"* op. cit., p. 1049; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. *"Juízo de ponderação (...)"* op. cit., p. 102; ALEXANDER ALENIKOFF. *"Constitutional Law (...)"* op. cit., p. 984-986; LUÍS PEREIRA COUTINHO. *"A "Convergência de Pensões (...)"* op. cit., p. 07.

Afinal, estando os magistrados expostos às mesmas ideologias e ambiente político, econômico e social que os políticos, por que seria a sua resposta mais “certa” que aquela dada pelos membros do Legislativo ou do Executivo?³⁸³ Ainda mais em sistemas bicamerais³⁸⁴, como no Brasil, em que decisões legislativas são submetidas a uma segunda avaliação. Assim como decisões do Poder Executivo são submetidas à apreciação do Poder Legislativo.³⁸⁵

Jorge Silva Sampaio³⁸⁶ em análise sobre o contexto cultural e legal em que juízos de proporcionalidade são aplicados no direito europeu (*civil law*) e no direito americano (*common law*) apresenta algumas respostas para a questão da legitimidade da revisão judicial que, para além de explicarem a questão no âmbito do ordenamento português podem, devido à semelhança dos ordenamentos jurídicos, ser aplicadas à conjuntura brasileira.

Quanto ao contexto cultural, percebe-se nos países da Europa continental, especialmente aqueles que tiveram governos autoritários ou ditatoriais, uma maior preocupação de proteção do indivíduo contra os desmandos do Estado³⁸⁷ ao mesmo tempo que se entende necessário o estabelecimento de objetivos a serem cumpridos para uma vida digna em um estado democrático social.³⁸⁸

Neste ponto verificamos vários paralelos com a história e o ordenamento jurídico brasileiro. Sem nos alongar desnecessariamente, visto que a questão será abordada no próximo capítulo, no qual trataremos dos direitos sociais, é possível adiantar que também no Brasil, a Constituição de 1988, promulgada após uma ditadura militar que durou 20

³⁸³ STEVEN D. SMITH. “*The Constitution and (...)*” *op. cit.*, p. 101; LUÍS PEREIRA COUTINHO. “*A “Convergência de Pensões” como (...)*” *op. cit.*, p. 18-19.

³⁸⁴ ALEXANDER ALENIKOFF. “*Constitucional Law (...)*” *op. cit.*, p. 984.

³⁸⁵ Este é o caso da declaração de guerra ou da celebração da paz feitas pelo Presidente da República do Brasil com a autorização do Congresso Nacional (art. 49, II da Constituição da República do Brasil). E, mesmo em casos de relevância ou urgência em que a Constituição brasileira permite, através de seu art. 62, ao Presidente da República, a adoção de medidas provisórias com força de lei, estabelece que tais medidas perdem sua eficácia, desde a edição, caso não sejam aprovadas e convertidas em lei pelo Congresso Nacional.

³⁸⁶ JORGE SILVA SAMPAIO. “*The Contextual Nature of Proportionality and Its Relation with the Intensity of Judicial Review*”. In: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; SMITH, Steven D., (editors). *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*. Springer International Publishing, 2015, p. 137-156.

³⁸⁷ DIETER GRIMM. “*The protective function of the state*”. In: NOLTE, Georg (Ed.). *European and US Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 154.

³⁸⁸ Cf. JORGE SILVA SAMPAIO (“*The Contextual Nature of Proportionality (...)*” *op. cit.*, p. 143) pontua que os Estados europeus são, em certa medida, versões sociais democratas do estado intervencionista, o que parcialmente explicaria seu enorme interesse no conceito de dignidade humana: “The European countries are more or less “*democratic social’ version[s] of the interventionist state*”, which partially explains their enormous interest in the concept of *human dignity*”.

anos, estabeleceram-se objetivos ambiciosos para a nascente República como: *I - a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; II - a garantia do desenvolvimento nacional; III - a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; IV - a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*³⁸⁹, além de um amplo rol de direitos fundamentais. Tal conjuntura leva Ricardo Marcondes Martins³⁹⁰ a defender a existência de um aspecto socializante da Constituição brasileira e, porque não dizer, um Estado Social, ainda que não expresso.

É neste contexto que a proporcionalidade, surgida primeiramente na Alemanha como um princípio do direito administrativo que buscava limitar medidas administrativas restritivas às liberdades individuais, é alçada a importância constitucional³⁹¹ para abarcar não somente a proibição do excesso (*Übermaßverbot*) de restrição a direitos fundamentais, mas também da ação insuficiente (*Untermaßverbot*) na proteção dos direitos fundamentais³⁹².

Posteriormente, com a importante contribuição de Robert Alexy³⁹³, a proporcionalidade alcançou os demais países da Europa Continental³⁹⁴ e também o Brasil, proporcionando ao Judiciário um modelo para fundamentação de decisões de casos que envolvessem injustas restrições ou omissões na proteção de direitos fundamentais. Reconhece-se que tal atuação poderia significar uma incursão do Judiciário no âmbito de competência dos outros dois Poderes e, conseqüentemente, uma quebra do princípio da separação de poderes. Todavia, na visão de Dieter Grimm, à qual nos alinhamos, esta pretensa violação é incapaz de justificar a inação legislativa na defesa e promoção de direitos fundamentais.³⁹⁵

É que, como justifica Steven D. Smith³⁹⁶, por vezes esta invasão é simplesmente aparente. Ocorre que, tendo a medida analisada falhado em um juízo de ponderação, ou seja, reconhecida a insuficiência dos motivos apontados para a restrição daquele direito

³⁸⁹ Trata-se do art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁹⁰ RICARDO MARCONDES MARTINS. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

³⁹¹ J. J. GOMES CANOTILHO. *"Direito Constitucional (...)" op. cit.*, p. 266-267.

³⁹² DIETER GRIMM. *"The protective function (...)" op. cit.*, p. 151-152.

³⁹³ ROBERT ALEXY. *"Teoria dos (...)" op. cit., passim.*

³⁹⁴ Sobre a "europeização" do princípio da proporcionalidade ver J. J. GOMES CANOTILHO. *"Direito Constitucional (...)" op. cit.*, p. 267-269.

³⁹⁵ DIETER GRIMM. *"The protective function (...)" op. cit.*, p. 153.

³⁹⁶ STEVEN D. SMITH. *"The Constitution and (...)" op. cit.*, p. 101-103.

fundamental, a Corte não simplesmente aponta um erro de sopesamento de interesses efetuado pelo Executivo ou Legislativo, mas expõe os verdadeiros motivos escusos e indefensáveis, por isso sem valor, que influenciaram a escolha política impugnada.

Neste sentido, a ponderação vem iluminar os porões escuros do Governo e da política, colocando às claras os interesses envolvidos na restrição de direitos, ou mesmo na não defesa destes direitos. No Brasil, a Constituição de 1988, influenciada pelo debate, já previa o mandado de injunção³⁹⁷ como instrumento a ser empregado contra inconstitucional omissão legislativa a inviabilizar o *“exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”*, sendo posteriormente regulamentado através da Lei 13.300/2016.³⁹⁸

Assim como na Europa, no Brasil a Corte Constitucional (STF), é vista como parte integrante do Estado, tendo importante papel, seja através da atuação jurisprudencial ou institucional, na elaboração de normas, modelação de valores³⁹⁹ e persecução de objetivos políticos nacionais. Com frequência, os chefes dos três Poderes se reúnem para tratar de pontos importantes para o país como a segurança pública ou mesmo, mais recentemente, a Reforma da Previdência Social.⁴⁰⁰ Não obstante a Constituição estabelecer exatamente a competência de cada um dos Poderes, a atuação política de seus membros provoca uma flexibilização desta separação.⁴⁰¹

Jorge Silva Sampaio⁴⁰² postula que a tradição constitucional de um país influi em muito no correto entendimento da legitimidade do Judiciário para rever decisões do Legislativo ou mesmo do Executivo, sem que isto signifique uma quebra do princípio da separação de poderes, mormente porque, em países como Portugal, Espanha, Alemanha ou Brasil, este não possui tanta rigidez e as funções de cada um se confundem. Neste sentido, certo poder legiferante do Judiciário na interpretação das leis, além de inevitável⁴⁰³ é, de certa forma, esperado.

³⁹⁷ BRASIL. Constituição de 1988. Art. 5º, LXXI.

³⁹⁸ BRASIL. Lei 13.300 de 23 de junho de 2016.

³⁹⁹ JORGE SILVA SAMPAIO. *“The Contextual Nature of Proportionality (...)” op. cit.*, p. 144.

⁴⁰⁰ EDUARDO BARRETO; ANDRÉ DE SOUZA. *“Chefes dos três Poderes se reúnem no Itamaraty e assinam pacto pela segurança pública”*. In: O GLOBO BRASIL. 28/10/2016; JORNAL NACIONAL. *“Em encontro, representantes dos Três Poderes discutem a reforma da Previdência”*. 16/03/2019.

⁴⁰¹ JORGE SILVA SAMPAIO. *“The Contextual Nature of Proportionality (...)” op. cit.*, p. 144.

⁴⁰² JORGE SILVA SAMPAIO. *“The Contextual Nature of Proportionality (...)” op. cit.*, p. 145.

⁴⁰³ PHILIP PETTIT (*“Republicanism: a theory of freedom and government”*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 179-180 e 188) aceita que o Judiciário tome decisões políticas, através da ponderação de valores segundo uma ordem de prioridade não estabelecida previamente, desde que tais decisões estejam sujeitas ao escrutínio público e estejam devidamente fundamentadas e que se garanta a pessoas comuns a possibilidade de contestarem decisões do Estado.

Em relação ao contexto legal, a legitimidade do Tribunal Constitucional para rever medidas tomadas pelos representantes eleitos pelo povo reside na própria Constituição que lhe outorga poderes para tanto.⁴⁰⁴

Em sistemas kelsenianos, a Constituição assume especial relevância⁴⁰⁵, subordinando não somente a sociedade como um todo, mas também os Poderes do Estado e seus órgãos. É ela que cria a Corte Constitucional, quotidianamente referida por “*guardiã da Constituição*”, dando-lhe competência para julgar, originariamente ou em grau de recurso, caso do Brasil, matéria constitucional.

Jorge Silva Sampaio defende que sistemas constitucionais como o português e, apesar de não ter analisado o contexto brasileiro suas conclusões podem ser aqui também aplicadas, pressupõe uma *corte e direitos fortes*.⁴⁰⁶

Assim, a objeção contramajoritária perde importância, na medida em que se considera a lei pelo que ela é: expressão de um órgão do Estado que representa, mas não é titular da soberania popular e, não sendo soberano, não possui poder ilimitado. Este poder é limitado, exatamente, por outro órgão do Estado a quem a Constituição atribui a tarefa.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ BRASIL. Constituição de 1988. Art. 5º, XXXV; PORTUGAL. Constituição de 1976. Art. 20; Mesmo críticos da ponderação, como BERNARD SCHLINK, reconhecem a legitimidade da Corte Constitucional para nulificar deliberações e medidas aprovadas pelo Poder Executivo e Legislativo, enquanto representantes do povo, indagando: “*How much of a legitimation problem remains once we view constitutional adjudication as being established by the constitution? [...]The constitution defines its role and grants its own legitimacy. More legitimacy it neither needs nor gets*” (Idem. “*The dynamics of constitutional adjudication*”. *Cardozo Law Review*, v. 17, 1996, p. 1238). BERNARD SCHLINK critica ainda a visão de Habermas de que a Corte Constitucional deveria apenas “*watch over the democratic process and to implement democratic procedure and the deliberative form of political opinion-and will-formation*”. Ao argumento de que “*This determination of the role and legitimacy of constitutional adjudication is rather far from the reality of constitutional adjudication [...]the principle that democratic procedure and the deliberative form of political opinion and will-formation have to be enforced is much too vague, and thus too weak, to serve as a guideline in these cases. [...]the problems which arise [...] are not solved or even clarified by the appeal to enforce deliberative democratic procedures*”. (Idem. “*The dynamics (...)*” *op. cit.*, p. 1231-1232)

⁴⁰⁵ JORGE SILVA SAMPAIO (“*The Contextual Nature of Proportionality (...)*” *op. cit.*, p. 148-149) explica esta especial relevância que a Constituição assume no Direito Europeu, e que pode ser aplicado em relação ao Brasil, através da enunciação de suas sete principais características: “(i) the existence of an entrenched written Constitution, resistant to ordinary legislation and difficult to amend; (ii) the existence of a judicial guarantee of the Constitution with inherent review of legislation; (iii) the endowment of the Constitution with a special binding force, with the same being considered as true law and not as a mere programmatic statement; (iv) the *over-interpretation* of the Constitution, in which courts and doctrine widely use logical arguments, analogy and constitutional principles – requiring the use of balancing [...]; (v) the *direct application* of constitutional norms [...]; (vi) interpretation in accordance with the Constitution [...]; (vii) the influence of the Constitution on political relations.”

⁴⁰⁶ JORGE SILVA SAMPAIO. “*The Contextual Nature of Proportionality (...)*” *op. cit.*, p. 150.

⁴⁰⁷ LUIS PIETRO SANCHÍS. “*Justicia constitucional (...)*” *op. cit.*, p. 147.

Ora, até sob um ponto de vista republicano, o controle constitucional pelo Judiciário das decisões dos outros Poderes é válido, posto que constitucionalmente previsto, assegura a liberdade do indivíduo contra ações do Estado que possam ameaçá-la⁴⁰⁸ e exorta contra a proteção deficiente dos direitos fundamentais.

A ponderação tem sido vista como solução ao problema da integridade do Direito.⁴⁰⁹ Possibilita ao Judiciário, em uma análise de interesses de maiorias e minorias opostas, tratar os diferentes posicionamentos com o mesmo respeito ao apresentar uma solução que os tenha em conta. A sua correta utilização, através de suas três sub-regras, esclarece as reais motivações escamoteadas durante o processo político para a aprovação de emendas, leis ou dotações orçamentárias ao mesmo tempo que joga luz sobre a interpretação judicial. Consequentemente, os membros do Judiciário tornam-se mais próximos à comunidade em que estão inseridos e a seus anseios, democratizando o processo judicial e legislativo.⁴¹⁰

Em uma sociedade plural, em que interesses ainda que contrários, mas igualmente válidos, colocam os membros desta comunidade em situação de oposição quanto a assuntos chaves da vida em comum, recusar a ponderação parece ser algo inconsequente.

E não há que se falar em ilegitimidade do Judiciário quando se trata de analisar, por meio de juízos de ponderação, as escolhas políticas efetuadas pelos outros dois Poderes ou mesmo quanto à necessidade de refreio em favor do sistema político. Ora, em sistemas constitucionais kelsenianos, como é o caso do Brasil e de Portugal, a legitimidade do Judiciário decorre da própria Constituição não sendo adequada timidez no exercício da jurisdição, mas sim aristotélica parcimônia.

A ponderação, como ressaltado, democratiza o processo e força o juiz a ter em conta diferentes pontos de vista nos processos deliberativos. A sua correta aplicação, ou seja, com exaustiva fundamentação do processo decisório, que envolve a demonstração

⁴⁰⁸ PHILIP PETTIT. *“Republicanism: a theory of (...)”* op. cit., p. 172.

⁴⁰⁹ RONALD DWORKIN. *“Law’s Empire (...)”* op. cit., passim.

⁴¹⁰ DAVID M. BEATTY (*“The ultimate rule of law”*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 160) defende a ponderação nos seguintes termos: “The jurisprudence courts have written on religious freedom, sex discrimination, and social and economic rights has demonstrated that judges have found a way to define their own role in the governance of their communities that actually makes a lot of sense. With a principle of proportionality, judges are able to resolve conflicts between majorities and minorities in a way that is equally respectful of both. With it, a compelling justification for entrusting the Judiciary with the power of overseeing the Legislature and Executive is possible. Making proportionality the critical test of whether a law or some other act of state is constitutional or not separates the powers of the Judiciary and the elected branches of government in a way that provides a solution to the paradox that has confounded constitutional democracies for so long. Building a theory of judicial review around a principle of proportionality, it turns out, satisfies all the major criteria that must be met for it to establish its integrity”.

racional da colisão e do peso assumido pelos princípios no caso concreto, possibilita e estimula que os cidadãos conheçam e entendam o, por vezes, intrincado processo argumentativo jurídico exercendo seu poder de controle e fiscalização democrática do Judiciário. A ponderação, desta forma, garante decisões mais justas que estejam em relação de consonância com o processo evolutivo da sociedade evitando, assim, a obsolescência do ordenamento jurídico que se renova a cada decisão.

PARTE II - DIREITOS SOCIAIS

1 - DIREITOS SOCIAIS

1.1 – DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos sociais surgem durante o final do século XIX e início do XX, época de grandes transformações econômicas e sociais motivadas pela crise do Estado Liberal e de inquietações de uma classe trabalhadora inspirada por ideais marxistas. Entre os países industrializados, temerosos do avanço de movimentos revolucionários para além das fronteiras russas, tornou-se evidente a necessidade de promover a incorporação de conteúdo social ao discurso dos direitos, reequilibrando, assim, a balança entre liberdade e igualdade.⁴¹¹

São direitos de *status positivus*. Significa dizer que estabelecem a possibilidade de os indivíduos exigirem do Estado prestações, ou seja, uma determinada ação estatal, com o fim de garantir o próprio exercício da liberdade e dos direitos de liberdade, denominados de *status negativus*.⁴¹²

As prestações estatais podem ser de dois grupos⁴¹³. Primeiro, prestações fáticas (na terminologia alemã, “ação positiva fática”) compreende aquelas prestações consistentes no oferecimento, pelo Estado, de bens ou serviços como o acesso à saúde, educação, moradia ou mesmo de serviço monopolizado pelo Estado, como a segurança pública.

A segunda forma de prestação estatal, normativa (na terminologia alemã, “ações positivas normativas”) compreende aquelas prestações consistentes na obrigação do Estado em editar normas jurídicas que tutelam interesses individuais. Se se estabelece serem direitos sociais a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados então, é dever do Estado a edição de normas que efetivamente garantam tais direitos.⁴¹⁴

⁴¹¹ JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO. “Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais”. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 570.

⁴¹² DIMITRI DIMOULIS; LEONARDO MARTINS. “Teoria geral dos direitos fundamentais”. 5ª ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 50-52.

⁴¹³ ROBERT ALEXANDER. “Teoria dos (...)” *op. cit.*, p. 201-202.

⁴¹⁴ *Ibid*, p. 202; DIMITRI DIMOULIS; LEONARDO MARTINS. “Teoria geral (...)” *op. cit.*, p. 53.

É de se reconhecer que além do caráter positivo, de exigência de determinada ação estatal, os direitos sociais detêm um caráter negativo.⁴¹⁵ Como exemplo pode-se citar o direito à moradia⁴¹⁶ que em sua dimensão negativa impede ações do Estado ou de particulares que lhe sejam contrárias, como a vedação da penhora de bem familiar. E, em sua dimensão positiva serve de fundamento a uma atuação do Estado no sentido de assegurar mediante determinadas prestações jurídicas ou materiais o acesso a uma residência, como é o caso do programa social “Minha Casa, Minha Vida⁴¹⁷”.

O reconhecimento dos direitos sociais passa pelo questionamento de se encontrar entre as funções do Estado a obrigação de promover, possibilitar ou garantir o acesso do indivíduo a bens econômicos, sociais ou culturais.⁴¹⁸

A Constituição brasileira de 1988 deu expresso status de direito fundamental aos direitos sociais e dispõe que possuem aplicação imediata⁴¹⁹. Diferentemente, em outros países a própria existência dos direitos fundamentais sociais é questionada seja porque suas Constituições não os preveem de maneira expressa ou, prevendo, não lhes atribui eficácia plena. É o caso da Alemanha⁴²⁰, país cuja Constituição praticamente não contém direitos fundamentais sociais de maneira expressa. De Portugal⁴²¹, cuja Constituição diferencia o regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias do regime jurídico dos

⁴¹⁵ INGO WOLFGANG SARLET e MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO em “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos Fundamentais – orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010 - explicam que os direitos sociais: “[...]abrangem tanto direitos (posições ou poderes) a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos ou a ações negativas), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos à não intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade, ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas negativas, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também de particulares.” (Ibid. p. 16)

⁴¹⁶ INGO WOLFGANG SARLET; MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO. “Reserva do possível (...)” *op. cit.*, p. 16-17.

⁴¹⁷ O programa social brasileiro “Minha Casa Minha Vida”, de acordo com a redação do art. 1º da Lei 11.977/2009, modificado pela Lei 12.424/2011, “tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais)”. (BRASIL. Lei nº 11.977 de 7 de julho de 2009).

⁴¹⁸ JORGE REIS NOVAIS. “Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais”. 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 65.

⁴¹⁹ Art. 5º, §§ 1º e 2º da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁴²⁰ ROBERT ALEX. “Teoria dos [...]”, *op. cit.*, p. 500.

⁴²¹ JOSÉ CARLOS DE VIEIRA ANDRADE. “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 385.

direitos sociais. E do Chile⁴²², que apesar de prever um rol de direitos sociais, não estabelece em sua Constituição meios processuais para eventuais demandas judiciais.

Tal tratamento é resultado da confluência no processo constituinte brasileiro de vários grupos políticos e sociais em que prevaleceram os sociais-democratas e os presidencialistas.⁴²³

Adriano Pilatti explica que a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 foi formada pelo próprio Congresso Nacional existente acrescido por representantes das Assembleias Legislativas estaduais. Os constituintes brasileiros acumulavam poderes extraordinários com o trato da política ordinária. Afigurava-se um “*jogo de cartas marcadas*” em que se previa a vitória de uma maioria governamental conservadora. Contudo, a Constituição aprovada parecia mais afeiçoada ao modelo das forças progressistas minoritárias.⁴²⁴

Ricardo Marcondes Martins⁴²⁵ inclusive percebe na Constituição brasileira de 1988 um caráter socializante da lei constitucional. Argumenta que o constituinte, ao consagrar os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República, dá prevalência ao primeiro. O próprio art. 3º expressamente constitui como objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais. E, até ao consagrar o direito fundamental de propriedade privada cria reserva legal ao estabelecer que esta deve atender a uma função social (art. 5º, XXII e XXIII). Por fim, o caput do art. 170 dispõe que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência *digna*, conforme os ditames da justiça social.⁴²⁶

⁴²² RICARDO BARRETTO DE ANDRADE e JAIME GALLEGOS ZÚÑIGA, “*El derecho a la salud em Chile: hacia um rol más activo y estructural del Estado em el aseguramiento de este derecho fundamental*”. Gaceta Jurídica, v. 373, p. 55, 2011.

⁴²³ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de (...)*” *op. cit.* p. 67.

⁴²⁴ ADRIANO PILATTI (“*A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 3-4) explica os bastidores da Assembleia Nacional Constituinte: “[...]partidos de esquerda, cujas bancadas, isolada e conjuntamente, eram minoritárias na Assembleia, experimentaram intensa prática de atuação como bloco parlamentar: Partido Comunista Brasileiro (PCB), Partido Comunista do Brasil (PCdoB), Partido Democrático Trabalhista (PDT), Partido Socialista Brasileiro (PSB), o Partido dos Trabalhadores (PT) e, a partir de junho de 1988, o Partido as Social Democracia Brasileira (PSDB). Em coalizão com a Liderança do PMDB na Assembleia e a chamada ‘esquerda’ da bancada majoritária, os partidos de esquerda formaram um bloco que se autodenominou ‘progressista’ e construiu maiorias pontuais que determinaram, em questões de alta relevância, a derrota de propostas de preferência do bloco ‘conservador’ majoritário, integrado pelo Partido Democrático Social (PDS) e pela fração ‘conservadora’ do PMDB – bloco este cujos integrantes majoritariamente se reuniram, a partir de novembro de 1987, sob a autodenominação ‘Centrão’. Mesmo nas derrotas, a coalizão ‘progressista’ cobrou caro, elevando os custos das vitórias ‘conservadoras’”.

⁴²⁵ RICARDO MARCONDES MARTINS. “*Regulação administrativa (...)*” *op. cit.*, *passim*.

⁴²⁶ ADRIANO PILATTI (“*A Constituinte (...)*”, *op. cit.*, p. 5), contudo, pontua que: “No período pós-Constituinte, a revisão de algumas das decisões que corresponderam a vitórias progressistas integrou permanentemente

Entendo que há, portanto, a consagração de um Estado Social, ainda que não de forma expressa como ocorre na Constituição alemã, o que, aliado à disposição dos direitos sociais juntamente aos direitos e deveres individuais e coletivos no Título II da Constituição brasileira, que trata dos direitos fundamentais, torna ainda mais clara a jusfundamentalidade dos direitos sociais.

1.2. A OBJEÇÃO À CONCEPÇÃO UNITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Esta tese unitária, dita matizada⁴²⁷, dos direitos sociais, enfrenta questionamento, mormente entre juristas oriundos de países cujas Constituições deram tratamento diferenciado aos direitos sociais. É o caso, por exemplo, de Portugal⁴²⁸, cuja Constituição diferencia o regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias do regime jurídico dos direitos sociais.

Carlos Blanco de Moraes, apesar de reconhecer a jusfundamentalidade dos direitos sociais, garantida através de sua positivação na Constituição portuguesa⁴²⁹, faz uso de argumentos *formais* e *substanciais*⁴³⁰ para propor uma separação que tem os direitos de liberdade como superiores aos direitos sociais.

Argumenta o professor que a diferenciação entre direitos de liberdade e direitos sociais remonta ao processo constituinte português e à necessidade de se evitar a instauração de um regime de matriz autoritária e marxista. Em tempos revolucionários, como os anos de 1975 e 1976, havia a necessidade de se “*optar pela liberdade e pela democracia e consagrar mecanismos de reforço dessa opção na Lei Fundamental*”. Adviria daí o diferente tratamento dado aos direitos liberdade pelo legislador constituinte.⁴³¹

Além do fator histórico, a preeminência dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais se daria em razão da essencialidade⁴³² dos primeiros para a própria existência do *Estado de Direito democrático (Portugal)* ou mesmo do *Estado democrático de Direito*

a agenda congressual conservadora, até ser efetivada no ciclo de reformas de 1995, desencadeado por iniciativas formais do então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso”.

⁴²⁷ Ver referência feita a Ingo Sarlet por CATARINA SANTOS BOTELHO. “*Os direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas*”. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 317.

⁴²⁸ JOSÉ CARLOS DE VIEIRA ANDRADE. “*Os direitos fundamentais (...)*” *op. cit.*, p. 385.

⁴²⁹ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de (...)*” *op. cit.*, p. 566; Idem. “*De novo a querela da ‘unidade dogmática’ entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de ‘exceção financeira’*”. E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público, vol. I, nº3, dezembro de 2014b, p. 69-70.

⁴³⁰ CATARINA SANTOS BOTELHO. “*Os direitos sociais (...)*” *op. cit.*, p. 279.

⁴³¹ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*De novo a querela (...)*” *op. cit.*, p. 70

⁴³² Ibid, p. 71.

(Brasil).⁴³³ Ambos sendo direitos fundamentais, “*haverá uns que são mais fundamentais do que outros*”.⁴³⁴ Ora, como se poderia falar em um Estado de Direito onde a liberdade de expressão, de ir e vir, ou mesmo o direito de petição não estivesse assegurado? Se não existisse o direito a voto e à representação política como se haveria de falar em democracia? Contrariamente, argumenta, a inexistência de direitos sociais constitucionalizados não implica na inexistência de Estados de Direito ou de democracias ou alguém sustentaria serem os Estados Unidos da América, o Reino Unido ou a Alemanha governos autoritários?⁴³⁵

Este aspecto, inclusive, teria influência sobre os custos dos direitos para o Orçamento do Estado, sendo aqueles referentes aos direitos de liberdade custos inerentes e essenciais a um Estado de Direito que se pretenda soberano. Contrariamente, os direitos sociais estariam sobre uma reserva do possível – o que obstaría sua aplicação direta e demandaria necessária concretização pelo legislador⁴³⁶ - sendo, assim, passíveis de redução ao mínimo ou mínimo existencial.⁴³⁷

Neste sentido, Luís Pereira Coutinho defende que os direitos sociais seriam “*compromissos normativos da comunidade*” a serem realizados *pela*, e não *contra a*, comunidade que, em última instância, financia-os através de impostos ou outros encargos.⁴³⁸

Há, portanto, uma relação de umbilicalidade entre os direitos sociais e a sociedade que os constitucionalizou. Cada cidadão, que através do pagamento de impostos ou outro tipo de sacrifício, suporta os encargos da realização dos direitos sociais. Luís Pereira Coutinho⁴³⁹ critica uma posição passiva da sociedade ante os direitos sociais que, na simples posição de beneficiários de ações estatais, meramente espera que o Estado assuma a tarefa de realização dos direitos sociais. Ao contrário, os direitos sociais, entendidos como *compromissos normativos*, exigem uma posição ativa dos membros de uma comunidade para a realização de seus direitos. Cabe a cada cidadão atuar, através de uma *cidadania ativamente responsável*, para a realização daqueles compromissos

⁴³³ JORGE MIRANDA. “Curso (...)” *op. cit.*, p. 256.

⁴³⁴ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “De novo a querela (...)” *op. cit.*, p. 71.

⁴³⁵ *Ibid.* p. 71-72.

⁴³⁶ *Ibid.* p. 73-74 e 81.

⁴³⁷ *Ibid.* p. 72-73.

⁴³⁸ LUÍS PEREIRA COUTINHO. “Os Direitos Sociais e a Crise: Algumas notas”. *Direito e Política*, n.º 1, 2012, p. 77-78.

⁴³⁹ LUÍS PEREIRA COUTINHO. “Os direitos sociais como compromissos”. *E-Pública*, Revista Eletrônica de Direito Público, n.º3, dezembro de 2014, p. 93-97.

assumidos com a constitucionalização dos direitos sociais. Apenas assim estará a sociedade mais próxima de um “*ideal de autogoverno individual e coletivo*”.

Catarina Santos Botelho refuta os principais argumentos colocados em defesa de uma dicotomia radical entre direitos sociais e de liberdade. Entende que não haveria uma diferença *endógena, genética ou estrutural*. Ou seja, direitos sociais não são apenas direitos, mas fundamentais e, se se admite uma primazia dos direitos de liberdade, esta se restringe aos diferentes regimes em que eles se inserem, o que não significa um impedimento ou diminuição da força jusfundamental dos direitos sociais.⁴⁴⁰ Afinal, são “*indissociáveis, pois, uns dos outros, direitos de liberdade e direitos sociais inserem-se numa unidade axiológica e sistemática dentro da Constituição e da ordem jurídica como um todo*”⁴⁴¹.

Tal posição não significa, todavia, uma defesa de uma unidade dogmática. Catarina Santos Botelho reconhece a importância dos direitos sociais, tidos como normas da espécie princípio a serem concretizados legislativamente e consubstanciados como direitos subjetivos⁴⁴² passíveis de serem exigidos judicialmente se violados. Há sim uma diferença entre direitos sociais e de liberdade, mas uma diferença *exógena* que não impede a liberdade de conformação do legislador ordinário.⁴⁴³ Quanto aos custos, critica parte da doutrina que relega a realização dos direitos sociais à existência de uma “*sobra*” orçamentária.⁴⁴⁴

Catarina Santos Botelho critica, portanto, tanto uma separação total quanto um enlace completo dos direitos sociais e de liberdade. Em lugar propõe uma visão matizada da separação que reconhece uma relação de *interação, interdependência e complementaridade*.⁴⁴⁵ Como já abordado e será defendido neste trabalho, direitos de liberdade implicam em prestações objetivas do Estado assim como direitos sociais implicam em *posições subjetivas negativas*.⁴⁴⁶ Há a necessidade, portanto, de se buscar um equilíbrio entre os direitos ao mesmo tempo que se procura otimizá-los.

⁴⁴⁰ CATARINA SANTOS BOTELHO. “*Os direitos sociais (...)*” *op. cit.*, p. 283-289.

⁴⁴¹ JORGE MIRANDA. “*Curso (...)*” *op. cit.*, p. 253.

⁴⁴² CATARINA SANTOS BOTELHO. “*Os direitos sociais (...)*” *op. cit.*, p. 315-316.

⁴⁴³ *Ibid*, p. 316-319.

⁴⁴⁴ *Ibid*, p. 319-320.

⁴⁴⁵ *Ibid*, p. 320-321.

⁴⁴⁶ INGO WOLFGANG SARLET e MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO. “*Reserva do possível (...)*” *op. cit.*, p. 16; JORGE MIRANDA. “*Curso (...)*” *op. cit.*, p. 257-258; CATARINA SANTOS BOTELHO. “*Os direitos sociais (...)*” *op. cit.*, p. 320-321.

Neste momento, parece-nos clara a jusfundamentalidade dos direitos sociais. Quanto mais no Brasil onde a Constituição de 1988 consagrou-os como direitos fundamentais com aplicação imediata.⁴⁴⁷ Este entendimento deflui do fato de estarem os direitos sociais, juntamente aos direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos de nacionalidade e direitos políticos, todos, sob o Título II que trata “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”. A aplicação imediata, por sua vez, decorre dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º que assim dispõe: “§ 1º *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

Muito se falou sobre a essencialidade dos direitos sociais, sobre sua redução a um mínimo existencial ou mesmo abolição, bem como sobre os custos que a sua promoção implica ao Orçamento do Estado. Assim, reconhecendo o valor dos argumentos contrários a uma tese unitária dos direitos fundamentais, ainda que matizada – na esperança de bem defender nossa posição – passaremos, neste momento, a uma análise do dito mínimo existencial e social, da reserva do possível e da proibição do retrocesso para ao final apresentar algumas considerações acerca da ponderação de direitos sociais.

1.3 – MÍNIMO EXISTENCIAL E SOCIAL

É posição de relativo consenso, com a qual nos identificamos, aquela que reconhece como papel do Estado assegurar às pessoas mais necessitadas condições materiais mínimas de vida.⁴⁴⁸ Jorge Miranda postula que o conteúdo essencial dos direitos sociais “*tem de se radicar na Constituição – porque (mais uma vez) é a lei que deve ser interpretada de acordo com a Constituição, e não a Constituição de acordo com a lei*”⁴⁴⁹. E que,

⁴⁴⁷ INGO WOLFGANG SARLET. “*Breves notas sobre o regime jurídico-constitucional dos Direitos Sociais na condição de Direitos Fundamentais, com ênfase na “aplicabilidade imediata” das normas de direitos fundamentais e na sua articulação com o assim chamado mínimo existencial*”, In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. (org) *Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 881-914.

⁴⁴⁸ RODOLFO ARANGO. “*El concepto de Derechos Fundamentales Sociales*”. México: Legis, 2005, p. 238-296; ANA PAULA BARCELOS. “*O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*”. In Ricardo Lobo Torres (Org). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 11-49; CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*De novo a querela (...)*” *op. cit.*, p. 82.

⁴⁴⁹ JORGE MIRANDA. “*Curso de (...)*” *op. cit.*, p. 311.

relativamente a alguns direitos fundamentais, o conteúdo essencial corresponde, exatamente, à sua dimensão negativa.⁴⁵⁰

Mas de onde deriva o reconhecimento deste dever do Estado em garantir a seus cidadãos condições materiais mínimas de vida ou mesmo em se estabelecer um núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais? Em resposta, Daniel Sarmento identifica dentre os argumentos morais, comumente utilizados em justificativa, dois instrumentais (1º garantia da liberdade real e 2º proteção dos pressupostos da democracia) e um não instrumental (trata-se de um fim em si mesmo).⁴⁵¹

O primeiro argumento instrumental dita que a promoção de condições materiais mínimas serve à garantia da liberdade real. Tal posicionamento tem sido defendido por autores como o filósofo John Rawls⁴⁵², o economista Amartya Sen⁴⁵³ e os juristas Robert Alexy⁴⁵⁴ e Ricardo Lobo Torres⁴⁵⁵. Os adeptos desta visão entendem ser necessário que se garanta ao indivíduo certas condições materiais básicas para que ele possa exercer plenamente a sua liberdade. Não basta, portanto, que se afastem obstáculos externos à liberdade do indivíduo, mas que seja realmente possível o seu exercício. Ora, não basta dizer a uma pessoa que passa fome que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*⁴⁵⁶. Quem não tem o que comer, quem passa fome e vê seus entes queridos famintos poderá se ver sim obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em troca de um prato de comida.⁴⁵⁷

O segundo argumento instrumental, chamado democrático⁴⁵⁸, baseia-se nos pensamentos defendidos por Jürgen Habermas⁴⁵⁹ e o jurista Friedrich Müller⁴⁶⁰ de que a

⁴⁵⁰ JORGE MIRANDA. *“Curso de (...)” op. cit.*, p. 310.

⁴⁵¹ DANIEL SARMENTO. *“Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

⁴⁵² JOHN RAWLS. *“Liberalismo Político”*. Tradução de Sergio Rena Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 31-32.

⁴⁵³ AMARTYA SEN. *“O Desenvolvimento como Liberdade”*. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

⁴⁵⁴ ROBERT ALEXY. *“Teoría de (...)” op. cit.*, p. 486-489.

⁴⁵⁵ RICARDO LOBO TORRES. *“A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial”*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 01-46.

⁴⁵⁶ Art. 5º, II da Constituição Federal brasileira de 1988.

⁴⁵⁷ O art. 6º da Constituição Federal brasileira reconhece o direito à alimentação como um direito social fundamental.

⁴⁵⁸ DANIEL SARMENTO. *“Por um Constitucionalismo (...)” op. cit.*, p. 203.

⁴⁵⁹ JÜRGEN HABERMAS. *“Direito e Democracia (...)” op. cit.*, p. 154 e ss.

⁴⁶⁰ FRIEDRICH MÜLLER. *“Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?”*. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 567-607.

democracia não se limita ao predomínio da vontade da maioria, mas exige que se garanta a participação dos cidadãos no espaço público. É necessário que o Estado satisfaça as necessidades materiais básicas dos cidadãos mais desabastados a fim de que possam participar das deliberações sociais. Neste sentido, não basta garantir o direito ao voto⁴⁶¹ a aqueles que não possuem saneamento básico em sua comunidade, ou não possuem acesso à escola, hospital ou mesmo à água. O direito à participação democrática, nestes casos, é por demais abstrato e a manifestação viciada pela necessidade.⁴⁶²

Por último, o argumento não instrumental dita que a responsabilidade do Estado em concretizar os anseios humanos mais básicos deflui do próprio conceito de Justiça e independe da promoção de outros objetivos como a garantia da liberdade ou da democracia. Entre seus defensores estão o filósofo Ernst Tugendhat⁴⁶³ e os juristas Paulo Gilberto Cogo Leivas⁴⁶⁴ e Daniel Sarmento⁴⁶⁵.

Filiamo-nos a esta última corrente. Não ignoramos que a promoção das liberdades individuais ou do exercício dos direitos políticos em sua forma ativa ou passiva passem pela garantia de um mínimo existencial ou social. Contudo, entendemos que estes não são meramente pressupostos para alcance daqueles, mas um objetivo primário e urgente a ser perseguido pelo Estado e pela sociedade como um todo, tendo inclusive sido consagrado pela Constituição brasileira de 1988 em seu art. 3º.⁴⁶⁶

No referido artigo, a Constituição brasileira estabelece quatro objetivos da República. Dentre esses, a inserção de três que tratam diretamente da promoção de uma

⁴⁶¹ O art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil constitui o Estado Democrático de Direito e estabelece, em seu parágrafo único, que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. O art. 14, por sua vez, preceitua que a “soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei [...]” (BRASIL. Constituição Federal de 1988)

⁴⁶² Infelizmente a compra e venda de votos através do oferecimento de benefícios para o eleitor ainda é uma realidade no Brasil. Recentemente, em pesquisa encomendada e divulgada pelo Tribunal Superior Eleitoral sobre as eleições de 2014, apurou-se que 28% dos entrevistados têm conhecimento ou testemunharam a compra de votos. Dentre as unidades federativas o estado de Roraima foi aquele que registrou o maior percentual de pessoas a declararem ter conhecimento da compra de votos, 71%. Enquanto o Rio Grande do Sul registrou o menor índice com 18% de respostas positivas. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *“Pesquisa revela que compra de votos ainda é realidade no país”*).

⁴⁶³ ERNST TUGENDHAT. *“Lições sobre Ética”*. Tradução de Róbson Ramos dos Reis et al. 4ª edição. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 286-389.

⁴⁶⁴ PAULO GILBERTO COGO LEIVAS. *“Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 123-139.

⁴⁶⁵ DANIEL SARMENTO. *“Por um Constitucionalismo (...)” op. cit. p. 203-204.*

⁴⁶⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL. Constituição Federal de 1988).

sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades e do bem de todos, demonstra que os constituintes brasileiros de 1988 reconhecem a responsabilidade do Estado em relação a seus cidadãos mais necessitados. Não como um meio na promoção da cidadania e das liberdades, mas como um objetivo em si mesmo.

Ora, como já defendido neste trabalho, as necessidades materiais mínimas de vida do ser humano são prementes à defesa de seus direitos de liberdade ou de seus direitos políticos. Não obstante, de um ponto de vista jurídico, uma solução conciliatória é localizar a garantia do mínimo existencial no *princípio da dignidade da pessoa humana*⁴⁶⁷, vez que tal princípio abarca os fundamentos dos três argumentos morais para promoção de um mínimo existencial (promoção da liberdade, da democracia e atendimentos das necessidades básicas das pessoas).⁴⁶⁸

O direito a um mínimo existencial significa a garantia de condições materiais mínimas de vida.⁴⁶⁹ Ele possui duas dimensões sendo uma *positiva* e a outra *negativa*. A primeira, positiva, pressupõe a existência de uma responsabilidade do Estado e, ocasionalmente, dos particulares, de prover às pessoas que se encontram em situação de necessidade as prestações necessárias e indispensáveis para uma vida digna. A segunda dimensão, negativa, por seu turno, limita práticas estatais ou particulares que subtraíam do indivíduo os recursos materiais que uma pessoa necessita para levar uma vida digna.⁴⁷⁰

⁴⁶⁷ CATARINA SANTOS BOTELHO (“*Os direitos sociais (...)*” *op. cit.*, p. 328-332) reconhece a importância constitucional assumida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, eis que pode: “(i) ser o fundamento de vários direitos que obtiveram consagração constitucional, assumindo assim aquilo a que se vem designando como função normogênica. [...]; (ii) operar como um limite à aplicação dos direitos fundamentais e à discricionariedade do legislador; (iii) funcionar como critério hermenêutico, que servirá de fundamento constitucional para a invocação de direitos fundamentais materiais (e não formais), para a resolução de conflitos relativamente à titularidade de direitos fundamentais e, por último, para precisar, em concreto, o alcance dos mesmos; (iv) desafiar a vertente criadora da nossa jurisprudência [...]; (v) e, dentre outras virtualidades, vigorar, neste domínio, o ‘postulado geral *in dubio pro dignitate*’” (*op. cit.*, p. 332)

⁴⁶⁸ DANIEL SARMENTO. “*Por um Constitucionalismo (...)*” *op. cit.* p. 204; CRISTINA QUEIROZ. “*Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional*”. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 65.

⁴⁶⁹ CATARINA SANTOS BOTELHO. “*Os direitos sociais (...)*” *op. cit.*, p. 333.

⁴⁷⁰ RODOLFO ARANGO (“*El Concepto de Derechos Fundamentales Sociales*”. México: Legis, 2005, p. 214-215), em comentário à Sentencia C-776, de 2003 da Corte Constitucional Colombiana, explica que ali se estabeleceu um conceito de mínimo existencial (denominado “mínimo vital”). Nesta decisão, a Corte Constitucional invalidou parcialmente uma lei que impunha a incidência do imposto sobre valor agregado a uma série de produtos sem excepcionar bens e serviços de primeira necessidade. Veja-se: “El objeto del derecho fundamental al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna [...] El derecho fundamental al mínimo vital presenta una dimensión positiva y una negativa. La dimensión positiva de este derecho presupone que el Estado, y ocasionalmente los particulares [...] están obligados a suministrar a la

Ingo Sarlet⁴⁷¹ reconhece na obra de Otto Bachof⁴⁷² a primeira defesa da existência de um mínimo existencial como sendo os recursos mínimos exigidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana a serem garantidos para propiciar a existência digna do indivíduo.⁴⁷³

Esta situação, conforme ensina, teve como consequência a inclusão de bens potencialmente protegidos pelos direitos sociais no âmbito dos direitos fundamentais.⁴⁷⁴

Ingo Sarlet, citando os autores Volker Neumann e Christian Starck, analisa que a doutrina e a jurisprudência alemã⁴⁷⁵ passaram a sustentar que “*a dignidade propriamente dita não é passível de quantificação*”.⁴⁷⁶ Se é assim, o que isso significa para o até aqui defendido direito a um mínimo para uma existência condigna?

Argumentos contrários⁴⁷⁷ concentram-se na dificuldade de definição do conteúdo de um mínimo existencial, conseqüentemente, sustentam ser competência exclusiva do

persona que se encuentra em una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autonomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamento como ser humano. Por su parte, respecto de la dimensión negativa, el derecho fundamental al mínimo vital se constituye en um limite o cota inferior que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna”. Cf. também, sobre este *carácter híbrido* do mínimo existencial, CATARINA SANTOS BOTELHO. “*Os direitos sociais (...)*” *op. cit.*, p. 335.

⁴⁷¹ INGO WOLFGANG SARLET; MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO. “*Reserva do possível (...)*” *op. cit.*, p. 20.

⁴⁷² OTTO BACHOF, “*Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*”, in VVDStRL n^o 12 (1954), p. 42-3 *apud* INGO WOLFGANG SARLET; MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO. “*Reserva do possível (...)*” *op. cit.*, p. 20.

⁴⁷³ “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana [...] não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.” (Ibid. loc. cit.)

⁴⁷⁴ JORGE REIS NOVAIS (“*Direitos Sociais (...)*” *op. cit.*, p. 79) destaca: “Basicamente, com uma ou outra fundamentação, sustentava-se que estes direitos de liberdade só cobrariam sentido prático efectivo se os respectivos titulares dispusessem de um mínimo de condições materiais para o respectivo gozo e, logo, inclusão consequente dos bens potencialmente protegidos pelos direitos sociais no âmbito de protecção dos próprios direitos de liberdade e dedução, a partir das normas constitucionais jusfundamentais, dos correspondentes deveres estatais de prestação e de fomento”.

⁴⁷⁵ CATARINA SANTOS BOTELHO (“*Os direitos sociais (...)*” *op. cit.*, p. 334) explica que: “No constitucionalismo germânico, a “teoria da essencialidade” (...) retira, da conjugação entre o artigo 1^o, n^o 1, e o artigo 20, n^o 1, da GG, um direito fundamental à garantia de um mínimo de existência digna (...), fundado nessa associação entre o Estado social e a dignidade da pessoa humana, direito à vida e à integridade física e a liberdade geral”.

⁴⁷⁶ INGO WOLFGANG SARLET; MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO. “*Reserva do possível (...)*” *op. cit.*, p. 21.

⁴⁷⁷ CATARINA SANTOS BOTELHO. “*Os direitos sociais (...)*” *op. cit.*, p. 336.

legislador⁴⁷⁸ a sua determinação, não da jurisdição constitucional.⁴⁷⁹ Reconhecem que a fixação do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas é condicionada pelo lugar, pelo tempo e padrão socioeconômico vigente⁴⁸⁰. Ou seja, o que é tido como minimamente necessário para uma existência digna no Brasil será diferente àquilo tido como minimamente necessário em outro país onde se verifique um Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) mais alto ou mais baixo. Defendem ainda que o mínimo seria apenas aquele necessário à sobrevivência ou subsistência fisiológica.⁴⁸¹ E há ainda aqueles que apontam para o conteúdo indeterminável deste direito que impediria a sua judicialização.⁴⁸²

Não obstante, é de se ter em conta o alerta de Ingo Sarlet para quem uma existência digna está além da mera sobrevivência física, está além do limite da pobreza absoluta. Ora, se em relação aos demais direitos fundamentais busca-se a máxima efetividade⁴⁸³, por que, em matéria de direitos sociais, tidos também por fundamentais, haveria a sociedade de se contentar com o mínimo? Não basta que o indivíduo não morra de fome e tenha acesso a água, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.⁴⁸⁴ O professor brasileiro traz ainda a lição de Heinrich Scholler: “[a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada] quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”⁴⁸⁵.

⁴⁷⁸ CARLOS BLANCO DE MORAIS (“*De novo a querela (...)*” *op. cit.*, p. 82) não reconhecendo a proteção dos “limites materiais” aos direitos sociais, entende pela possibilidade de o legislador constitucional de poder derivado operar: “[...] uma revisão constitucional poderia, em tese, abolir os princípios da gratuidade progressiva ou tendencial na saúde e educação, introduzir para valer no futuro vouchers no ensino e seguros de saúde privados ou públicos e privatizar o sistema de pensões. Não poderia, contudo, salvo melhor opinião, eliminar um sistema de saúde público para os mais necessitados, extirpar um sistema público de segurança social para os mais carenciados e cancelar apoios financeiros no ensino aos que não tenham condições financeiras de acesso aos estabelecimentos escolares”.

⁴⁷⁹ LUÍS PEREIRA COUTINHO. “*Os Direitos Sociais e a Crise (...)*” *op. cit.*, p. 78.

⁴⁸⁰ INGO WOLFGANG SARLET; MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO. “*Reserva do possível (...)*” *op. cit.*, p. 21.

⁴⁸¹ Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO. “*Os direitos sociais (...)*” *op. cit.*, p. 336.

⁴⁸² JORGE REIS NOVAIS. “*Direitos Sociais (...)*” *op. cit.*, p. 196

⁴⁸³ J. J. GOMES CANOTILHO (“*Direito Constitucional (...)*” *op. cit.*, p. 1224) conceitua o “*princípio da máxima efetividade*” ou “*princípio da eficiência*” ou “*princípio da interpretação efectiva*”, do seguinte modo: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. Neste sentido, pontua, caso existam dúvidas acerca da interpretação da norma constitucional deve-se optar por aquela que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.

⁴⁸⁴ INGO WOLFGANG SARLET. “*A eficácia dos Direitos Fundamentais*”. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 319.

⁴⁸⁵ *Ibid*, p. 319-320.

Advém daí que o próprio conteúdo do mínimo existencial não deve significar o mínimo necessário à sobrevivência da pessoa, uma vez que não se limita à pobreza absoluta, mas o mínimo para uma vida digna a ser garantido pelo Estado.

No que tange aos direitos sociais entendemos que estes não se limitam a um mínimo existencial⁴⁸⁶, têm um alcance muito maior que o mínimo necessário à sobrevivência digna em sociedade.⁴⁸⁷ O mínimo existencial ou mesmo social está sujeito a uma teoria relativa de forma que terá diferente gradação para cada um dos direitos sociais e variará de acordo com a situação fática em que se pretenda a realização.⁴⁸⁸

Entendemos ser impossível e indesejável uma teoria absoluta que sustente uma delimitação apriorística, seja por atividade parlamentar ou judiciária, de um rol fechado do que seja o mínimo existencial, devendo este ser verificado no caso concreto à luz das necessidades de cada pessoa e de sua família em uma sociedade.⁴⁸⁹

Contudo, como bem se sabe, a concretização dos direitos sociais encontra grave objeção em sua dimensão econômica levando os juristas brasileiros à importação da teoria alemã da “*reserva do possível*” ou, como aplicada pela jurisprudência pátria, *reserva do financeiramente possível*.

⁴⁸⁶ INGO WOLFGANG SARLET. “*A eficácia dos (...)*” *op. cit.*, p. 323.

⁴⁸⁷ INGO WOLFGANG SARLET (Idem, loc. cit.) pontua: “Muito embora amplamente reconhecida a relação entre o assim chamado mínimo existencial com os direitos fundamentais sociais, importa sublinhar que comungamos do ponto de vista de que os direitos fundamentais sociais não se reduzem ao mínimo existencial (ou à dignidade humana), conquanto as dimensões que densificam o mínimo existencial certamente guardem (maior ou menor) relação com o núcleo essencial de grande parte dos direitos sociais, ainda mais se consideradas as peculiaridades e a extensão com que foram positivados pela Constituição de 1988. Em síntese, embora o mínimo existencial esteja em contato com os diversos direitos sociais individualmente considerados e existam zonas de convergência quanto aos respectivos conteúdos (âmbitos de proteção), não se pode afirmar que o mínimo existencial equivale (isto é, se confunde com) ao conteúdo essencial dos direitos sociais”. Também neste sentido ver JORGE REIS NOVAIS. “*Direitos Sociais (...)*” *op. cit.*, p. 195.

⁴⁸⁸ DANIEL SARMENTO (“*Por um Constitucionalismo (...)*” *op. cit.*, p. 205) entende ser necessário inclusive que se tenha em conta a situação específica do titular do direito. Exemplifica: “[...] o fornecimento de um medicamento certamente integrará o mínimo existencial para aquele indivíduo que dele necessite para sobreviver, e não possua os recursos suficientes para adquiri-lo. Porém, o mesmo medicamento estará fora do mínimo existencial para um paciente que, padecendo da mesma moléstia, tenha os meios próprios para compra-lo, sem prejuízo da sua subsistência digna. Trata-se, em suma, de saber até que ponto a necessidade invocada é vital para o titular do direito, aferindo quais seriam as consequências para ele da omissão estatal impugnada”. Em sentido contrário o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferido no Resp. nº 430.526/SP, julgado em 01/10/2002 e relatado pelo Ministro LUIZ FUX, em que se entendeu irrelevante para a análise do pleito de uma pessoa que buscava ter acesso a medicamento não contemplado na lista do SUS, o fato de se tratar de um Delegado de Polícia, com rendimentos superiores à média nacional. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial nº. 430.526/SP. Relator Min. Luiz Fux. DJU, Brasília, 1º de outubro de 2002.).

⁴⁸⁹ INGO WOLFGANG SARLET; MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO. “*Reserva do possível (...)*” *op. cit.*, p. 26.

1.4 – RESERVA DO POSSÍVEL

A doutrina da reserva do possível ou mesmo do financeiramente possível encontrou grande ressonância entre juristas e políticos brasileiros que passaram a utilizá-la para negar a prestação de um direito social ao argumento de falta de fundos no Orçamento do Estado. Bem se sabe que, em tempos de crise financeira em que se adotam políticas de austeridade, os direitos sociais, devido às suas características próprias, já abordadas, são os primeiros a sofrerem limitação.⁴⁹⁰

Sob a perspectiva de uma reserva do possível a efetividade dos direitos sociais através de prestações materiais estariam sob a reserva financeira do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

Argumenta-se que os direitos sociais dependeriam da real disponibilidade financeira do Estado a ser verificada pelo legislador, legitimado pelo voto⁴⁹¹, em sua atividade de alocação de verbas através do Orçamento do Estado, tendo por base políticas públicas sociais e econômicas e não a eles, *representantes do povo*, opostos por juízes constitucionais não eleitos.⁴⁹²

Tais opções, denominadas “*escolhas trágicas*”⁴⁹³, a serem tomadas pela comunidade política, pautadas ou não por critérios de justiça social, realizariam a “*macrojustiça*”, vez que a alocação de recursos para uma política e não para outra seria consequência da responsabilidade assumida pelos membros da sociedade com a realização dos direitos sociais⁴⁹⁴, tendo em conta inúmeros fatores como o número de cidadãos atingidos pela medida eleita, a efetividade e a eficácia do serviço prestado e etc.⁴⁹⁵ O Poder Judiciário, limitado ao caso concreto (*microjustiça*), não teria, portanto,

⁴⁹⁰ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*De novo a querela (...)*” *op. cit.*, p. 72 e 82; CATARINA SANTOS BOTELHO. “*Os direitos sociais (...)*” *op. cit.*, p. 336.

⁴⁹¹ Cf. SILVIA FABER TORRES. “*Direitos sociais prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas*”. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 783-785; CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*De novo a querela (...)*” *op. cit.*, p. 74-75.

⁴⁹² LUÍS PEREIRA COUTINHO. “*Os direitos sociais como compromissos*” *op. cit.*, p. 89. Cabe destacar que, no Brasil, o Orçamento é elaborado e enviado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional para aprovação onde poderá, eventualmente, sofrer emendas, conforme art. 84, XXIII c/c 165 ss da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁴⁹³ Cf. a paradigmática opinião da Corte Constitucional da África do Sul em “*Soobramoney v. Minister of Health (Kwazulu-Natal)*”. (CCT32/97) [1997]ZACC 17; 1998 (1) AS 765 (CC).

⁴⁹⁴ LUÍS PEREIRA COUTINHO. “*Os direitos sociais como compromissos*” *op. cit.*, p. 89-90.

⁴⁹⁵ GILMAR FERREIRA MENDES. “*Curso de (...)*”. *op. cit.* p. 667.

condições ou legitimidade de examinar as consequências globais de adjudicar um direito social a uma parte com invariável prejuízo para o todo.⁴⁹⁶

Por outro lado, há de se ter em conta que condicionar a eficácia dos direitos sociais ao Orçamento significaria submeter tais direitos, consagrados pela Constituição brasileira como fundamentais, à vontade do legislador provocando, conseqüentemente, o esmaecimento de sua aplicabilidade direta.⁴⁹⁷ Daniel Sarmiento⁴⁹⁸ salienta que tais direitos valeriam como “trunfos” a se impor mesmo contra a vontade das maiorias, não sendo aceitável que a não alocação ou a diminuição de recursos no Orçamento impeça a fruição e efetivação dos direitos sociais.

Importante contribuição a este debate deu a Corte Alemã ao decidir o caso paradigmático *numerus clausus* onde se entendeu que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir do Estado⁴⁹⁹. Com efeito, conforme reconhece Ingo Sarlet, “*mesmo dispondo o Estado de recursos e poder discricionário, não se pode falar em prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável*”⁵⁰⁰.

Na ideia de razoabilidade haveriam de ser incluídas as condições individuais da pessoa que exige a prestação, a responsabilidade do legislador na feitura do orçamento do Estado e a relevância do custo da prestação e dos recursos ao dispor do Estado.

Jorge Reis Novais, sem dispensar a teoria da reserva do possível, alerta para os perigos resultantes da sua aplicação inconsequente. Como bem se sabe, em situações típicas de um estado social, mesmo em épocas de normalidade, os recursos não são ilimitados ao oposto das necessidades dos cidadãos que o são. A escassez nunca é absoluta e a alocação de verbas do Erário implica na definição de prioridades políticas na promoção de acesso a bens econômicos, sociais ou culturais.⁵⁰¹

⁴⁹⁶ GUSTAVO AMARAL. “Direito, escassez e escolha”. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; LUÍS PEREIRA COUTINHO. “Os direitos sociais como compromissos” *op. cit.*, p. 93-95; Idem. “Os Direitos Sociais e a Crise (...)” *op. cit.*, p. 78.

⁴⁹⁷ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “De novo a querela (...)” *op. cit.*, p. 81.

⁴⁹⁸ Cf. DANIEL SARMENTO. “Por um Constitucionalismo (...)” *op. cit.*, p. 201.

⁴⁹⁹ Cf. BVerfGE 33, 303 (333) *apud* JORGE REIS NOVAIS. “Direitos Sociais (...)” *op. cit.*, p. 90.

⁵⁰⁰ INGO WOLFGANG SARLET; MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO. “Reserva do possível (...)” *op. cit.*, p. 29.

⁵⁰¹ Cf. JORGE REIS NOVAIS. “Direitos Sociais (...)”, *op. cit.*, p. 91 e 243.

Com efeito, diante de múltiplas possibilidades de escolha na alocação dos recursos disponíveis⁵⁰² e de um cenário de *escassez moderada*⁵⁰³ - em que recursos existem, mas não em quantidade que baste à completa satisfação das necessidades da população - conflitos sobre a destinação de verbas públicas são inevitáveis.

Assim sendo, poderia o Estado sempre invocar a insuficiência de recursos como escusa à não realização de determinado direito social ou sua realização em menor medida,⁵⁰⁴ exatamente no momento em que os beneficiários destes direitos mais precisam de sua proteção.⁵⁰⁵

Ainda, conforme observam Holmes, Sustain⁵⁰⁶, Gustavo Amaral⁵⁰⁷ e Flávio Galdino⁵⁰⁸, os custos aos cofres públicos não são exclusivos aos direitos sociais, sendo, contudo, verificáveis, às vezes em maior medida na garantia dos direitos de liberdade que importam em substanciais custos ao Estado e nem por isso fala-se em sua menor aplicação em razão de escassez.

São as prestações estatais positivas no sentido de defesa dos direitos de liberdade negativos de ameaças e agressões de outros particulares que garantem a efetividade destes direitos. Caso o Estado se limitasse a não os ferir por ação própria, abstendo-se de qualquer ação, os direitos de liberdade perderiam seu significado real.⁵⁰⁹ Não é cabível, portanto, argumento de que seriam os direitos de liberdade menos sujeitos a uma reserva financeira.

⁵⁰² No julgamento do Recurso Extraordinário nº 273.834/RS, pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro CELSO DE MELLO posiciona-se, inclusive, contra a necessidade do juiz se preocupar com a existência ou não de previsão orçamentária quando estiver em causa a realização de direitos fundamentais, mormente no que tange ao direito à vida e à saúde. Senão vejamos: “A falta de previsão orçamentária não deve preocupar o juiz [...] mas apenas o administrador [...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde [...] ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, [...] razões de ordem ética-jurídica impõe ao julgador uma só e possível opção”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE nº 273.834/RS. Relator Min. Celso de Mello. DJU, Brasília, 02 de fevereiro de 2001).

⁵⁰³ Cf. sobre o conceito de *escassez moderada* aplicada aos direitos sociais FRANCISCO LAPORTA. “*Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema*, in *Constitución y Derechos Fundamentales*”. Madrid, 2004, p. 297 ss.

⁵⁰⁴ Cf. JORGE REIS NOVAIS. “*Direitos Sociais (...)*”, *op. cit.*, p. 91.

⁵⁰⁵ CATARINA SANTOS BOTELHO. “*Os direitos sociais (...)*” *op. cit.*, p. 434.

⁵⁰⁶ HOLMES/SUSTEIN. “*The Cost of Rights, why liberty depends on taxes*”. New York, 1999.

⁵⁰⁷ GUSTAVO AMARAL. “*Direito, escassez e escolha*”, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁵⁰⁸ FLÁVIO GALDINO. “*Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁵⁰⁹ JORGE REIS NOVAIS. “*Direitos Sociais (...)*”, *op. cit.*, p. 94. Também JORGE MIRANDA (“*Curso (...)*” *op. cit.*, p. 252) aborda a questão ao reconhecer que: “Aos direitos correspondem outros tantos deveres do Estado: deveres de proteção quanto aos direitos de existência e de liberdade; aos direitos de participação e de defesa de organização e de procedimento; aos direitos a prestações deveres de prestação. No fundo, todos se reconduzem a deveres de prestação”.

Ora, o que seria do direito à vida ou a liberdade se não fosse o Estado a defendê-lo através de políticas de segurança pública? O que seria da igualdade se não fosse o Estado a impedir diretamente a discriminação? O próprio Poder Judiciário depende integralmente da alocação de verba pelo Poder Executivo e aprovação pelo Poder Legislativo para que possa funcionar, vez que ele próprio não possui receita, apenas despesas. Há, portanto a necessidade de que o Estado dispense vultosas somas do Erário para a garantia dos direitos de liberdade (e mesmo do funcionamento do próprio Estado) não sendo sustentável a visão de serem menos onerosos que os direitos sociais e por isso menos sujeitos a uma pretensa reserva financeira.⁵¹⁰

Na explicação de Holmes e Sustain qualquer direito negativo só restará efetivamente protegido se a ele corresponder um remédio. Este *remédio* haverá de ser garantido através do custoso estabelecimento e manutenção de um sistema administrativo, judicial e de outras instituições próprias de uma sociedade organizada. Ou seja, os direitos negativos, assim como os direitos positivos, são bens públicos pagos pelos contribuintes⁵¹¹.

Os direitos fundamentais implicam custos, implicam na necessidade de se definir prioridades e de se fazer opções na distribuição de fundos. Neste sentido, o Poder Público pode proteger em maior medida o direito à liberdade de expressão em relação ao direito à honra, imagem ou propriedade. Tal escolha dependerá da orientação política de cada governo e em última análise das prioridades de uma sociedade.

Assim, entendemos que a realização dos direitos fundamentais sociais se condiciona pela existência de recursos públicos, ainda que se assumam a sempre existente escassez moderada. A eventual inexistência de recursos para a promoção dos direitos sociais deve ser devidamente e amplamente comprovada pelo Executivo e pelo Legislativo na feitura do Orçamento Público.

⁵¹⁰ Cf. JORGE MIRANDA em “Curso (...)” *op. cit.*, p. 257. JORGE REIS NOVAIS (“Direitos Sociais (...)” *op. cit.*, p. 95) reconhece que: “Quando um juiz garante a particulares uma compensação ou indenizações por danos verificados nos seus direitos de liberdade, no fundo aquilo que faz é recorrer aos recursos obtidos dos contribuintes através dos impostos e, mediante a compensação monetária que decide atribuir ao lesado, financiar outros particulares, da mesma forma que os juízes o fazem (ou fariam) se e quando pretendam garantir um direito social de um particular mesmo contra a vontade do poder político”. Contra este posicionamento ver o argumento de CARLOS BLANCO DE MORAIS sobre a essencialidade dos custos dos direitos de liberdade para a existência do Estado de Direito democrático em “De novo a querela (...)” *op. cit.*, p. 71-72.

⁵¹¹ Cf. HOLMES/SUSTEIN. “The Cost of (...)” *op. cit.*, p. 119 ss.

Certo é que os direitos sociais devem ser realizados na medida do possível e daquilo que se pode, razoavelmente, exigir do Estado. Neste sentido, a violação a um direito social se verificará se, no caso concreto, comprovar-se que o Estado possuía condições financeiras de o garantir e se absteve⁵¹² e é neste sentido que deve ser ele adjudicado.

1.3.1 – A CRÍTICA À APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Não obstante, há aqueles que vão mais longe e se posicionam contra a aplicação da “*reserva do possível*”, sendo a crítica de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁵¹³ de importante consideração.

Em primeiro lugar, no que tange à *possibilidade*, defendem os autores a impossibilidade de sua aferição objetivamente. Apontam que a ausência de recursos em um Orçamento não implica que eles não existam, mas somente foram utilizados em outras instâncias como o pagamento de juros da dívida pública, de incentivo a superávit primário, subsídios a grandes empresas ou o que o seja. Ademais, para além da retirada de recursos de uma área para aplicação em outra, estaria o Estado habilitado à contratação de novos empréstimos, combate à sonegação fiscal, aumento de alíquotas de tributos ou mesmo a criação de novos, tudo com o objetivo de aumento da arrecadação para prestação do direito.

Efetivamente, trata-se de uma escolha política e ideológica a respeito das prioridades administrativas que podem significar grave custo político. Contudo, como reconhecem, cabe às autoridades políticas a decisão de quais medidas tomar e a intensidade da restrição imposta. A possibilidade de tomar medidas que garantam o cumprimento de uma prestação significariam que a dita “*impossibilidade*” implica verdadeiramente em “*ausência de vontade política*”.

Em segundo lugar, apontam a necessidade de critério para apreciação pelo Judiciário acerca da constitucionalidade das opções orçamentárias e políticas públicas implantadas pelos demais Poderes. Tal apreciação prescinde do estabelecimento constitucional de prioridades pelo legislador⁵¹⁴ possibilitando ao Judiciário a verificação

⁵¹² JORGE REIS NOVAIS. “*Direitos Sociais (...)*” *op. cit.*, p. 100-101.

⁵¹³ DIMITRI DIMOULIS; LEONARDO MARTINS. “*Teoria geral (...)*” *op. cit.*, p. 99/101.

⁵¹⁴ É o caso do art. 198, §2º, I da Constituição do Brasil que impõe a destinação mínima de 15% da receita corrente líquida do exercício financeiro da União à área da saúde.

de sua correta concretização. Contudo, como observam os autores, tais dispositivos são raros e na ausência deles não haveria base para se realizar comparações de prioridades entre dois ou mais direitos fundamentais e as políticas públicas implantadas, tornando-se impossível aferir se a realização de certo direito é “possível” ante à não realização de outro.

Em terceiro lugar, ressaltam que a impossibilidade orçamentária não pode servir de justificativa para a não concretização de um direito social.⁵¹⁵ Não caberia à autoridade jurisdicional adjudicar acerca da capacidade financeira do Estado ou sobre suas prioridades políticas, mas apenas verificar a inconstitucionalidade da não realização de um direito social que independe do grau ou intensidade da omissão estatal e dos recursos financeiros disponíveis.

Assim, entendem que o intérprete e aplicador do direito não deve ter em conta a reserva do possível e sim se esmerar no sentido da determinação rigorosa da área de proteção constitucional do direito.⁵¹⁶

Verifico que partem os autores de uma ideia de teoria absoluta dos direitos fundamentais em que o Estado deveria estabelecer a exata área de proteção do direito de maneira rigorosa que, estabelecida, caberia sua efetiva realização, independentemente da existência de recursos que, caso inexistentes, deveriam ser amealhados.

Não obstante, não compactuo da crítica ou da visão absoluta dos direitos fundamentais. Entendo ser a teoria da reserva do possível de interessante aplicação no sentido apontado anteriormente, o de se reconhecer que os direitos sociais são direitos sujeitos à reserva do possível (não simplesmente financeiramente possível), são direitos realizáveis tanto quanto possível, tendo em vista o que é razoável exigir do Estado, nada

⁵¹⁵ GILMAR MENDES (“*Curso de (...)*”. *op. cit.*, p. 667) ao analisar a crítica à reserva do possível como limite fático à realização dos direitos sociais pontua que: “apesar da realidade da escassez de recursos para o financiamento de políticas públicas de redução de desigualdades, seria possível estabelecer prioridades entre as diversas metas a atingir, racionalizando a sua utilização, a partir da ideia de que determinados gastos, de menor premência social, podem ser diferidos, em favor de outros, reputados indispensáveis e urgentes, quando mais não seja por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que sendo o valor-fonte dos demais valores, está acima de quaisquer outros, acaso positivados nos textos constitucionais.”

⁵¹⁶ DIMITRI DIMOULIS; LEONARDO MARTINS (“*Teoria geral (...)*” *op. cit.*, p. 101) apontam como exemplo a “garantia genérica do direito à saúde não significa a obrigação estatal de oferecer tudo aquilo que deseja o interessado ou recomendam seus médicos. Tendo estabelecido a área de proteção do direito de maneira rigorosa, cabe ao Estado realizar a prestação, sendo as alegações de impossibilidade” irrelevantes, tal como é irrelevante a alegação do contribuinte de que se encontra na impossibilidade de pagar seus impostos”; J. J. GOMES CANOTILHO também nesse sentido, em análise da Constituição portuguesa argumenta que: “Das várias normas sociais, económicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem económico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um **núcleo básico de direitos sociais** (minimum core of economic and social rights), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.” (“*Direito Constitucional (...)*” *op. cit.*, p. 518, **grifo do autor**)

mais, nada menos.⁵¹⁷ Importa, com efeito, questionar o que é razoável exigir do estado, devendo o intérprete ter em conta o contexto social, econômico e político da comunidade, bem como o ordenamento jurídico como um todo.

1.4 – PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Como já abordado anteriormente, em momentos de crise econômica e de implantação de políticas de austeridade os direitos sociais são os primeiros a sofrerem limitação. Neste diapasão, o estudo e aplicação da chamada *proibição do retrocesso* assume especial relevância entre juristas brasileiros e portugueses com alguma influência da doutrina alemã.

Entre os germânicos, não tendo sua Carta Constitucional expressamente previsto, com algumas exceções, os direitos sociais⁵¹⁸, criou-se a ideia de que as realizações do Estado Social estariam constitucionalmente protegidas contra retrocessos que as afetassem em seu conteúdo essencial ou contra retrocessos não suficientemente justificados.⁵¹⁹

Em Portugal, o Tribunal Constitucional estabeleceu, em 1984 através do Acórdão 39/84, entendimento no sentido de que uma vez promulgada lei que garanta um direito fundamental seria defeso ao legislador a sua revogação.⁵²⁰

No Brasil, em julgamento proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 2011, decidiu-se que o princípio da proibição do retrocesso impede a desconstituição de conquistas alcançadas pelo cidadão ou pela sociedade em matéria de direitos fundamentais sociais.⁵²¹

⁵¹⁷ EROS ROBERTO GRAU, em atenção à aplicação da reserva do possível na jurisprudência brasileira, aponta que a reserva do possível “não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica”. (Idem. *Realismo e Utopia Constitucional*”, in ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coord). *Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 125).

⁵¹⁸ ROBERT ALEXI. *“Teoria dos [...]”*, op. cit., p. 500.

⁵¹⁹ JORGE REIS NOVAIS. *“Direitos Sociais [...]”* op. cit., p. 240.

⁵²⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 39/84. Relator Cons. Vital Moreira. Diário Oficial. Lisboa. 11 de abril de 1984. Contra a fórmula da *proibição do retrocesso* face a Constituições que constitucionalizaram os direitos sociais ver LUÍS PEREIRA COUTINHO. *“Os Direitos Sociais e a Crise [...]”* op. cit., p. 76 e ss. Também contra uma proibição do retrocesso ver CARLOS BLANCO DE MORAIS. *“De novo a querela [...]”* op. cit., p. 82-83.

⁵²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no ARE 639.337-AgR/SP. Relator Min. Celso de Mello. 2ª Turma, julgado em 23 de agosto de 2011.

Neste sentido, sob uma perspectiva de *proibição de retrocesso* o Estado estaria obrigado a garantir a realização alcançada pelos direitos sociais que, uma vez realizados em alguma medida passariam a ter característica de direito negativo ou de defesa não podendo o Estado restringi-los assim como procede em relação aos direitos de liberdade.⁵²²

Ou seja, a partir do momento que se têm a realização de um direito social através da implantação de alguma política pública, como a previdência social ou o seguro desemprego, tal realização passa a ter uma dimensão negativa de proteção em relação ao Estado, devendo o poder político se abster de ameaçá-la ou restringi-la. Eventualmente existindo a necessidade de restrição, esta deve ser empregada segundo critérios de necessidade e proporcionalidade assim como ocorre em relação aos direitos de liberdade.

O professor Jorge Miranda ao analisar o problema do retrocesso social relaciona-o à tutela da confiança e sobretudo à reserva do possível entendendo que o legislador pode adotar diferentes modos de realizar os direitos sociais, mas deve realizá-los. Não há, portanto, um engessamento das opções políticas desde que sejam feitas. Assim, “*só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório*”.⁵²³

Entendemos, contudo, que a realização dos direitos sociais, mesmo no caso brasileiro em que assumem *status* de direitos fundamentais e possuem aplicação imediata, pode sofrer limitações de forma constitucional, ainda que tal limitação implique em retrocesso, visto que este pode ser necessário para a promoção de outro ou outros direitos sociais.⁵²⁴ Ademais, questionamos a própria ideia de retrocesso, vez que depende da apreciação subjetiva do intérprete.⁵²⁵

Certo é que adotar-se uma visão absolutista do retrocesso social implicaria em se atribuir aos direitos fundamentais sociais proteção superior àquela garantida aos direitos

⁵²² Cf. J. J. GOMES CANOTILHO. “*Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*”. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 411 e ss; Idem, “*Direito Constitucional (...)*” op. cit. 338/341; Idem e VITAL MOREIRA. “*Fundamentos (...)*” op. cit., p. 131.

⁵²³ JORGE MIRANDA, “*Manual de Direito Constitucional*”, vol. IV. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 495.

⁵²⁴ JORGE REIS NOVAIS. “*Direitos Sociais (...)*” op. cit., p. 243.

⁵²⁵ FERNANDO ATRÍA (“*Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales*”, in *Discusiones: Derechos Sociales*, 4, 2004, p 155) exemplifica a questão ao apontar que uma reforma da Previdência que importasse em substituição do sistema em vigor em que os descontos efetuados nos ordenados dos trabalhadores financiam os aposentados por um sistema individual em que os próprios descontos efetuados ao longo da vida do trabalhador o financiassem após a aposentadoria poderia significar um retrocesso no direito social para alguém de que se identifique como à esquerda do espectro político, enquanto que para alguém à direita significaria um avanço. Também neste sentido LUÍS PEREIRA COUTINHO, “*Os Direitos Sociais e a Crise (...)*” op. cit., p. 76

de liberdade que, como se sabe, permitem sua limitação pelo legislador ordinário quando tal limitação se mostre necessária para a proteção de outros bens e interesses.⁵²⁶

Ora, bem se sabe que circunstâncias de caráter variado podem influir sobre a capacidade do Estado em prover as prestações relativas aos direitos sociais na forma inicialmente estabelecida. Ademais, o próprio *princípio da alternância democrática*⁵²⁷ significa a possibilidade de revisão das opções político-legislativas, ainda que estas se debruçam sobre direitos fundamentais.

Assim, a proibição do retrocesso não seria absoluta, mas relativa⁵²⁸ a incidir sobre “retrocessos que afectem o mínimo social, que afectem o conteúdo essencial dos direitos em causa, que sejam desproporcionados ou desarrazoáveis, ou que afectem a proteção da confiança, a igualdade ou a dignidade da pessoa humana”⁵²⁹.

Jorge Reis Novais observa, em uma análise dos princípios utilizados para relativizar a proibição do retrocesso, que tais princípios se tratam pura e simplesmente dos *limites aos limites* dos direitos fundamentais.⁵³⁰ Da sua observância depende a constitucionalidade da restrição assim como dependeria a constitucionalidade do retrocesso.

Entendemos que o retrocesso, no que tange à realização dos direitos sociais, deve ser analisado sob a regra da proporcionalidade, inclusive considerando possível colisão com princípios da igualdade e da proteção da confiança.⁵³¹ Eventual retrocesso será permitido se, em um juízo de ponderação, que terá em conta as condições fáticas e jurídicas, a medida restritiva for considerada adequada, necessária e proporcional. A restrição, portanto, deve ser justificada como seria em relação a outros direitos fundamentais. Respeitados tais critérios é possível eventual *retrocesso* ou melhor colocado, a *limitação* do direito social.

⁵²⁶ JORGE REIS NOVAIS. “Direitos Sociais (...)” *op. cit.*, p. 244.

⁵²⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 509/2002. Relator Cons. Luís Nunes de Almeida. Diário Oficial. Lisboa. 19 de dezembro de 2002.

⁵²⁸ GILMAR FERREIRA MENDES (“Curso de [...]” *op. cit.*, p. 671) refere-se à necessidade de se compreender a proibição do retrocesso *cum grano salis* e de não lhe conferir caráter absoluto contra revisão ou mudanças. Também sobre uma posição intermédia da *proibição do retrocesso* CATARINA SANTOS BOTELHO. “Os direitos sociais (...)” *op. cit.*, p. 440-441.

⁵²⁹ JORGE REIS NOVAIS. “Direitos Sociais (...)” *op. cit.*, p. 245.

⁵³⁰ Esta é a posição do professor JORGE REIS NOVAIS (“Direitos Sociais (...)” *op. cit.*, p. 246) que destaca: “Da observância dos limites aos limites depende a legitimidade constitucional da restrição, exatamente da mesma forma que da sua observância dependeria, segundo os defensores da proibição relativa, a legitimidade constitucional do dito retrocesso”. Sobre “limites dos limites” ver GILMAR FERREIRA MENDES. “Curso de [...]” *op. cit.*, p. 209-251; J. J. GOMES CANOTILHO. “Direito Constitucional [...]” *op. cit.*, p. 451-461.

⁵³¹ CATARINA SANTOS BOTELHO. “Os direitos sociais (...)” *op. cit.*, p. 434, 436, 440-441.

1.5 – PONDERAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

Alexy apresenta um modelo de direitos sociais⁵³² baseado no *sopesamento*, sendo a extensão dos direitos sociais, ou seja, o que é garantido definitivamente⁵³³ e o que é garantido apenas *prima facie*, verificável no caso concreto em uma ponderação dos princípios colidentes.⁵³⁴

Neste sentido, Alexy reconhece a existência de um núcleo essencial mínimo que deverá ser garantido pelo Estado aos indivíduos mesmo em tempos de crise, eis que nestes momentos a proteção constitucional assume especial relevância.⁵³⁵

Apesar disso, há aqueles que criticam o modelo de direitos sociais definitivos ao argumento de que reconhecer um caráter definitivo a estes direitos, ainda que minimamente considerados, implicaria em um engessamento da necessária flexibilidade orçamentária em tempos de crise.⁵³⁶

Não comungamos dessa tese ou da visão alexyana de apenas um núcleo essencial a ser definitivamente defendido pelo Estado. Entendemos que exista um mínimo existencial a ser garantido pelo Estado, mas também que a realização dos direitos sociais não se restringe a ele. Uma existência digna passa muito além da mera sobrevivência

⁵³² Direitos sociais, na definição de ROBERT ALEXY (*“Teoria dos (...)” op. cit.*, p. 499), são: “Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”.

⁵³³ ROBERT ALEXY (*“Teoria dos (...)” op. cit.*, p. 512) estabelece algumas condições sobre as quais a prestação de um direito social está definitivamente garantida: “(1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração”.

⁵³⁴ *Ibid.* p. 512-516.

⁵³⁵ *Ibid.* p. 513.

⁵³⁶ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS (*“Curso (...)” op. cit.*, p. 685) ao analisar o contexto da jurisprudência do Tribunal Constitucional português durante a crise econômico-financeira que se instaurou sobre o país desde 2008, propõe que quando consideradas restrições a direitos sociais por medidas propostas pelo Governo com manifesto impacto orçamental, “a prolação de um juízo de inconstitucionalidade, exclusivamente tomado a partir de uma ponderação entre princípios ou entre estes e interesses públicos qualificados, requeira no Tribunal Constitucional uma deliberação tomada pela maioria de dois terços dos juízes em efetividade de funções”. Do mesmo autor, “*De novo a querela (...)” op. cit.*, p. 76. Cf. também LUÍS PEREIRA COUTINHO. “Os direitos sociais como compromissos” *op. cit.*, p. 91; *Idem.* “Os Direitos Sociais e a Crise (...)” *op. cit.*, p. 80.

física.⁵³⁷ Não significa, contudo, um engessamento da atividade político-parlamentar. Como já abordado, a realização dos direitos sociais deve ter em conta a situação fática da sociedade, ou seja, do que é possível e razoável exigir-se do Estado, sujeitando-se, contudo, a eventuais, desde que proporcionais, retrocessos.

Tal discussão ganha maior relevo em um momento em que o Brasil passa por um período de crise econômica em que as forças políticas entendem ser necessário a implantação de diversas políticas de austeridade e de limitação da influência do Estado na realização de direitos sociais. A eleição de Jair Bolsonaro em 2018 sob uma pauta econômica liberal e consequente indicação de Paulo Guedes, um economista ultraliberal formado na “Escola de Chicago”, para o Ministério da Economia, bem como suas declarações em entrevistas e em pronunciamentos, apontam para a possibilidade de retração na realização de direitos sociais como à previdência social, saúde e educação ou ao menos na maior dificuldade de acesso a benefícios sociais como o seguro desemprego, abono salarial⁵³⁸ e benefício de prestação continuada.^{539/540}

Causa preocupação que tais medidas de austeridade atinjam logo a população mais carente que realmente necessita de benefícios sociais e não os mais ricos e privilegiados do Estado brasileiro. A demonstração da proporcionalidade destas medidas deve, como argumentado nesta dissertação, passar pela consideração das condições fáticas e jurídicas existentes.

⁵³⁷ INGO WOLFGANG SARLET. “A eficácia dos (...)” *op. cit.*, p. 323; Idem; MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO. “Reserva do possível (...)” *op. cit.*, p. 26.

⁵³⁸ Cf. BRASIL. Constituição Federal: “Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela *Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970*, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela *Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970*, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo. [...]§ 3º Aos empregados que percebam de empregadores que contribuem para o Programa de Integração Social ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, até dois salários mínimos de remuneração mensal, é assegurado o pagamento de um salário mínimo anual, computado neste valor o rendimento das contas individuais, no caso daqueles que já participavam dos referidos programas, até a data da promulgação desta Constituição”.

⁵³⁹ BRASIL, Constituição Federal: “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

⁵⁴⁰ Em recente estudo divulgado pelo Ministério da Fazenda brasileiro e entregue pelo Governo de Michel Temer ao Presidente eleito Jair Bolsonaro e ao Ministro da Economia Paulo Guedes, aponta-se para a necessidade de reformas de políticas públicas assistenciais que visariam conter a expansão da despesa pública obrigatória. (BRASIL. Ministério da Fazenda. “Reformas econômicas em 2016-2018 e perspectivas para o próximo mandato presidencial” In: “Balanço e perspectivas econômicas 2016-2018”)

Ora, não basta a alegação de insuficiência financeira do Estado como justificativa para a implantação de medidas de austeridade que atingem direitos sociais.⁵⁴¹ Há que se justificar a *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* da medida estatal – inclusive em consideração a possível colisão com os princípios da igualdade e da proteção da confiança⁵⁴² - que implica em restrição ou não promoção de um direito fundamental social, através da qual se busca a realização de um objetivo tido como importante.

Contudo, caso se demonstre a proporcionalidade da ação estatal, é possível e constitucional eventual não fomento ou, mais ainda, retrocesso, ainda que momentâneo, na realização dos direitos sociais. Assim como seria em relação a eventual limitação de qualquer direito fundamental.

A regra da proporcionalidade assume, portanto, especial relevo na interpretação constitucional devendo ser cuidadosamente empregada na análise de restrições impostas a direitos fundamentais sociais⁵⁴³, tendo em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas⁵⁴⁴ presentes no caso concreto para solução do conflito, mormente em momentos de crise.

⁵⁴¹ CATARINA SANTOS BOTELHO. “*Os direitos sociais (...)*” *op. cit.*, p. 433-434.

⁵⁴² *Ibid.* p. 434, 463.

⁵⁴³ *Ibid.* p. 465.

⁵⁴⁴ JORGE MIRANDA. “*Curso (...)*” *op. cit.*, p. 301

PARTE III - A CRISE E O DIREITO

1 - O CASO PORTUGUÊS

1.1 – HISTÓRICO DA CRISE

Em Portugal, conforme explica Carlos Blanco de Moraes⁵⁴⁵, a crise econômica e financeira começa a ser sentida a partir de 2009 e insere-se em um contexto de acúmulo de dívidas soberanas por Estados europeus. Estados mais endividados como Portugal, Grécia ou Irlanda⁵⁴⁶ veem a queda de sua avaliação nas agências internacionais de avaliação de risco de crédito motivar a consequente subida da taxa de juros de empréstimos contraídos junto a organismos internacionais o que leva a uma incapacidade de se financiar nos mercados financeiros.

O Governo, então socialista, solicita ajuda à Comissão Europeia, ao Banco Central Europeu e ao Fundo Monetário Internacional. Assim, em 17 de maio de 2011 é assinado o Programa de Assistência Financeira Internacional (PAEF) e, logo em seguida, o Memorando de Entendimento. Tais documentos significaram a contratação de um vultoso empréstimo com a assunção⁵⁴⁷, em contrapartida⁵⁴⁸, de compromisso do Governo português em adotar um conjunto de medidas de austeridade com o objetivo de reduzir os gastos e aumentar a receita do Estado.

Este programa, explica Carlos Blanco de Moraes, sustentava-se em três pilares: consolidação orçamental (com a redução do déficit e da dívida pública); aumento da competitividade da economia (a ser alcançado através de reforma fiscal, privatizações e simplificação da máquina pública); e o recrudescimento do setor bancário através de maior estabilidade financeira.⁵⁴⁹

⁵⁴⁵ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “Curso de Direito (...)”, *op. cit.*, p. 709-710.

⁵⁴⁶ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Jurisprudência da Crise (...)”, *op. cit.*, 53 e ss; ANDREA MORRONE. “Constitutional courts and Economic Crisis”. In: E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público, nº1, col. 4, maio de 2017, p. 89-90.

⁵⁴⁷ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “Curso de Direito (...)”, *op. cit.*, p. 710; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO; LUÍS PEREIRA COUTINHO; TIAGO FIDALGO DE FREITAS; JORGE SILVA SAMPAIO. “Editorial: The Portuguese Constitutional Court’s Jurisprudence of Crisis”. In: E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público, nº1, col. 4, maio de 2017, p. 01-02.

⁵⁴⁸ MIGUEL POIARES MADURO; ANTÓNIO FRADA; LEONARDO PIERDOMINICI (“A Crisis Between Crises: Placing the Portuguese Constitutional Jurisprudence of Crisis in Context”. In: E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público, nº1, col. 4, maio de 2017, p. 37-38, 41-42) em estudo sobre a jurisprudência da crise, abordam interessante contexto em que “contrapartidas” são impostas a Estados devedores por Estados credores no âmbito europeu: “If on the one hand debtor countries’ courts claim that they are bound by budget targets but are free on how to reach them, creditor countries’ courts make the financial assistance dependent on a concrete involvement on how those funds will be spent”.

⁵⁴⁹ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS. “Curso de Direito (...)”, *op. cit.*, p. 710.

Desde então, apontam Miguel Nogueira de Brito, Luís Pereira Coutinho, Tiago Fidalgo de Freitas e Jorge Silva Sampaio, o défice orçamentário foi reduzido de 9,8% do PIB (Produto Interno Bruto), em 2011, para 4,9% em 2014 mesmo que o défice público tenha subido de 94% para 129% do PIB no período. A adoção de medidas de austeridade sustentou a vitória de Portugal sobre a crise e o retorno do investimento e crescimento da economia portuguesa.⁵⁵⁰

Contudo, a austeridade adotada durante os anos em que vigorou o PAEF e o Memorando do Entendimento significou a imposição de uma série de medidas de restrição a direitos sociais como o direito à saúde, educação, assistência social e cortes de subsídios do serviço público e pensões.⁵⁵¹ A constitucionalidade destas medidas foi analisada pelo Tribunal Constitucional português que, por vezes, decidiu pela sua validade e, por outras, reconhecendo sua inconstitucionalidade, considerou-as inválidas.

É oportuno o estudo da jurisprudência do Tribunal Constitucional português em três momentos⁵⁵², no que tange às medidas legislativas de austeridade adotadas no âmbito da fiscalidade, subsídios, pensões e emprego⁵⁵³, que foram objeto de escrutínio dos Conselheiros do TC nos Acórdãos 396/2011, 353/2012 e 187/2013, cuja análise passaremos a seguir.

1.2 – OS TRÊS MOMENTOS DA JURISPRUDÊNCIA DA CRISE

1.2.1 - PRIMEIRO MOMENTO (2010/2011): ACÓRDÃO 396/2011

Em 2011 o Tribunal Constitucional pronunciou-se, através do Acórdão 396/2011⁵⁵⁴, sobre a constitucionalidade de uma série de reduções orçamentárias aprovadas para o Orçamento de 2011. Dentre as medidas de austeridade previstas constava redução de 3,5% a 10% sobre as remunerações de funcionários públicos cujo subsídio fosse superior a 1.500 euros.

⁵⁵⁰ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO et al. “Editorial: *The Portuguese (...)*” *op. cit.*, p. 03.

⁵⁵¹ Ibid, p. 03; CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de Direito (...)*”, *op. cit.*, p. 710-711.

⁵⁵² Cfr. Sobre esta ordenação temporal, o texto de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “*Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades*”, in: COUTINHO, Luís Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. (org) *O Tribunal Constitucional e a crise – Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p.49-68.

⁵⁵³ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de Direito (...)*”, *op. cit.*, p. 711.

⁵⁵⁴ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 396. Relator Cons. Joaquim de Souza Ribeiro. Diário Oficial. Lisboa, 21 de setembro de 2011.

Os deputados da Assembleia da República, autores da ação, argumentaram pela inconstitucionalidade das medidas de austeridade sob o fundamento de que a redução salarial, aprovada sem prévia consulta dos sindicatos laborais, não era transitória, mas definitiva, o que representava uma violação aos princípios da proteção da confiança e da irredutibilidade salarial. Ademais, por incidir exclusivamente sobre os funcionários públicos, a redução violaria também o princípio da igualdade.

Não obstante, conforme se extrai do voto condutor proferido pelo Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro⁵⁵⁵, o Tribunal considerou não haver inconstitucionalidade a ser declarada. Além de não reconhecer um direito fundamental à irredutibilidade do salário entendeu-se que a redução é possível desde que assente nos princípios da igualdade e da proteção da confiança. Ademais, considerou-se que aos trabalhadores do setor público se impunha um sacrifício maior pelo equilíbrio orçamental do Estado, eis que seus rendimentos provêm de verbas públicas⁵⁵⁶. Esta desigualdade estaria dentro dos “*limites do sacrifício*”.⁵⁵⁷

Em relação à proteção da confiança não haveria qualquer violação censurável. É que, reconhecendo a premência do interesse público face à excepcional situação de crise

⁵⁵⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 396/2011.

⁵⁵⁶ Nos seguintes termos, concluiu o Conselheiro JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO no Acórdão 396/2011: “Em vista deste fim, quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas – vinculada que ela está, é oportuno lembrá-lo, à prossecução do interesse público – não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual”.

⁵⁵⁷ Extrai-se do voto do Conselheiro JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO no Acórdão 396/2011: “Não se pode ignorar, todavia, que atravessamos reconhecidamente uma conjuntura de absoluta exceção, do ponto de vista da gestão financeira dos recursos públicos. O desequilíbrio orçamental gerou forte pressão sobre a dívida soberana portuguesa, com escalada progressiva dos juros, colocando o Estado português e a economia nacional em sérias dificuldades de financiamento. Os problemas suscitados por esta situação passaram a dominar o debate político, ganhando também foros de tema primário na esfera comunicacional. (...). Do que não pode razoavelmente duvidar-se é de que as medidas de redução remuneratória visam a salvaguarda de um interesse público que deve ser tido por prevacente – e esta constitui a razão decisiva para rejeitar a alegação de que estamos perante uma desproteção da confiança constitucionalmente desconforme. Na verdade, à situação de desequilíbrio orçamental e à apreciação que ela suscitou nas instâncias e nos mercados financeiros internacionais são imputados generalizadamente riscos sérios de abalo dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional, o que teria também, a concretizar-se, consequências ainda mais gravosas, para o nível de vida dos cidadãos. As reduções remuneratórias integram-se num conjunto de medidas que o poder político, atuando em entendimento com organismos internacionais de que Portugal faz parte, resolveu tomar, para reequilíbrio das contas públicas, tido por absolutamente necessário à prevenção e sanção de consequências desastrosas, na esfera económica e social. São medidas de política financeira basicamente conjuntural, de combate a uma situação de emergência, por que optou o órgão legislativo devidamente legitimado pelo princípio do Estado de direito democrático e a liberdade constitutiva e conformadora do legislador, também ele democraticamente legitimado, legislador ao qual, inequivocamente, há que reconhecer a legitimidade (senão mesmo o dever) de tentar adequar as soluções jurídicas às realidades existentes, consagrando as mais acertadas e razoáveis, ainda que elas impliquem que sejam “*tocadas*” relações ou situações que, até então, eram regidas de outra sorte”.

econômico e financeira e, sendo a redução imposta transitória – vigorando durante a vigência do PAEF – mas ainda que não o fosse, entenderam os Conselheiros ser a solução legislativa de austeridade justificável.

Com base na proporcionalidade a maioria dos Conselheiros do Tribunal Constitucional entendeu que a medida de austeridade impugnada era *adequada* ao fim perseguido, qual seja o reequilíbrio orçamental em tempos de grave crise financeira. *Necessária*, vez que a redução salarial se mostrava eficaz e o sacrifício imposto aos funcionários públicos, ainda que elevado, justificável em virtude de uma *desigualdade legítima*. Por último, em sede de *proporcionalidade em sentido estrito*, não se considerou a limitação imposta excessivamente desproporcional, em virtude do caráter transitório e esforço legislativo em minorar o grau de sacrifício que se impunha.⁵⁵⁸

Luís Pereira Coutinho⁵⁵⁹ destaca que o Tribunal Constitucional não impõe sua ponderação sobre aquela realizada pelo poder político. Mas, ainda que implicitamente, reconhece que o necessário balanceamento entre as razões de interesse público e a proteção da confiança deve ser realizado pelos órgãos político-legislativos eleitos democraticamente e constitucionalmente investidos de competência para decisões de política financeira.

Jorge Reis Novais vê clara influência da crise econômica e financeira sobre o Acórdão 396/2011. Pontua que o resultado certamente seria outro em tempos de estabilidade, na medida em que a não consideração de situações especiais e particulares de cada servidor, bem como a ausência de prévia negociação coletiva entre o Governo e os representantes de sindicatos laborais, como se exigiria de uma empresa privada, seriam suficientes para a completa rejeição das medidas de austeridade por serem *“ostensivamente inconstitucionais ou juridicamente inadmissíveis”*.⁵⁶⁰

Não obstante, o Tribunal Constitucional considerou que o próprio processo legislativo, por suas ínsitas características, garantiu a participação de todos os agentes interessados na aprovação ou rejeição das medidas restritivas aprovadas por um Governo socialista. Ademais, como já salientado, a redução salarial imposta se dava em um transitório *“contexto de excepcionalidade”* em que se buscava, não algum tipo de

⁵⁵⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 396/2011.

⁵⁵⁹ LUÍS PEREIRA COUTINHO. “A “Convergência de Pensões” como (...)” *op. cit.*, p. 11.

⁵⁶⁰ JORGE REIS NOVAIS, “Em defesa do Tribunal Constitucional – resposta aos críticos”. Coimbra: Almedina, 2014, p. 69.

retrocesso social, mas sim o cumprimento de compromissos assumidos por Portugal com organismos internacionais.

Como observado por Andréa Magalhães⁵⁶¹, neste primeiro momento da jurisprudência da crise, o Tribunal Constitucional se utiliza de uma fundamentação essencialmente principiológica em que são adotados instrumentos hermenêuticos próprios da jurisdição constitucional. Há, contudo, expressa deferência a fatores externos de influência e a uma situação de crise econômico-financeira que motiva e fundamenta a declaração de não inconstitucionalidade das medidas de austeridade impostas pelo poder político.

1.2.2 – SEGUNDO MOMENTO (2012): ANÁLISE DO AC. 353/2012

O ano de 2012 trouxe novos desafios à jurisdição constitucional portuguesa. O Acórdão 353/2012 pôs sob o escrutínio do Tribunal medidas de austeridade aprovadas pelo Governo de centro-direita⁵⁶² para o Orçamento de 2012. A Lei Orçamentária, para além de prever a manutenção da redução salarial do ano anterior, suspendia total ou parcialmente os subsídios de férias e de Natal, assim como prestações referentes aos 13^o e 14^o meses, de funcionários públicos e pensionistas, reformados ou aposentados, do sistema público de seguridade social.⁵⁶³

Em verdade, tratavam-se de medidas muito mais pesadas do que aquelas impostas no orçamento do ano anterior⁵⁶⁴, o que levou o Tribunal Constitucional a, aparentemente, mudar sua orientação. O Acórdão 353/2012 torna-se, então, paradigma de uma nova postura de cautela ante as políticas de austeridade adotadas. Carlos Blanco de Moraes⁵⁶⁵ observa nesta nova postura do Tribunal o desaparecimento de um “*favor legislatoris*”. O novo posicionamento do Tribunal serve de alerta à comunidade política sobre o alcance limitado da liberdade de conformação política do legislador.⁵⁶⁶

⁵⁶¹ ANDRÉA MAGALHÃES. “*Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 39.

⁵⁶² CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de Direito (...)*”, *op. cit.*, p. 716.

⁵⁶³ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 353/2012. Relator Conselheiro JOÃO CURA MARIANO. Diário Oficial. Lisboa, 2012; JORGE MIRANDA. “*Estado social, crise económica e jurisdição constitucional*”, sep. de Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. 55, nº 1-2. Lisboa: Coimbra Editora, 2014, p. 375-403.

⁵⁶⁴ JORGE MIRANDA. “*Estado social, crise (...)*” *op. cit.*, p. 393.

⁵⁶⁵ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de Direito (...)*”, *op. cit.*, p. 716.

⁵⁶⁶ O Relator do Acórdão 353/2012, Conselheiro JOÃO CURA MARIANO afirma em seu voto: “obviamente, a liberdade do legislador recorrer ao corte das remunerações e pensões das pessoas que auferem por verbas

Em uma nova interpretação dos princípios colidentes no caso concreto o Tribunal Constitucional entendeu que as medidas de austeridade violavam o princípio da igualdade. Apesar de admitir alguma diferenciação entre os trabalhadores do setor público e do setor privado pontuou que esta não poderia ser excessivamente injusta não sendo, portanto, ilimitada a liberdade do legislador em promover cortes de salários pagos com verbas públicas.⁵⁶⁷

Com base na proporcionalidade, o Tribunal entendeu que a limitação imposta, somada àquelas aprovadas no ano anterior, ultrapassavam os *limites do sacrifício*, já que impunham a um grupo de cidadãos um sacrifício muito superior àquele exigido da generalidade dos outros cidadãos. Ora, ainda que a medida de austeridade pudesse ser considerada *adequada* ao fim pretendido, qual seja o reequilíbrio orçamentário em tempos de crise econômico-financeira e o cumprimento dos compromissos assumidos por Portugal através da assinatura do PAEF e do Memorando de Entendimento, extrai-se do voto condutor a reprovação ante o exame da *necessidade*. É que consideraram os Conselheiros do TC a existência de medidas alternativas tão ou mais eficientes à persecução do objetivo estatal e menos restritivas ao princípio da igualdade.⁵⁶⁸

Andréa Magalhães⁵⁶⁹ observa também neste julgamento a adoção de argumentos principiológicos. Não obstante o resultado divergente, qual seja a declaração de inconstitucionalidade, verifica que a decisão foi fruto de considerações econômicas realizadas pelo Tribunal sobre o Orçamento de 2012 tido como irrazoavelmente prejudicial. O prejuízo a ser suportado seria três vezes maior que aquele do ano anterior. Havia que se advertir o poder político.⁵⁷⁰

Luís Pereira Coutinho critica esta nova postura adotada no Acórdão 353/2012 em relação ao princípio da igualdade. Antes entendido como “*proibição do arbítrio*” passa a

públicas, na mira de alcançar um equilíbrio orçamental, mesmo num quadro de uma grave crise económico-financeira, não pode ser ilimitada” E ainda: “A Constituição não pode certamente ficar alheia à realidade económico-financeira e em especial à verificação de uma situação que possa considerar como sendo de grave dificuldade. Mas ela possui uma específica autonómica normativa que impede que os objetivos económico-financeiros prevaleçam, sem quaisquer limites, sobre parâmetros como o da igualdade, que a Constituição defende e deve fazer cumprir”.

⁵⁶⁷ Extrai-se do voto condutor proferido pelo Conselheiro JOÃO CURA MARIANO no Acórdão 353/2012 uma censura à cumulação de sacrifícios exigidas pelo Governo aos funcionários públicos: “a repartição de sacrifícios, visando a redução do défice público, não se faz de igual forma entre todos os cidadãos, na proporção das suas capacidades financeiras, uma vez que elas não têm um cariz universal, recaindo exclusivamente sobre as pessoas que auferem remunerações e pensões por verbas públicas”.

⁵⁶⁸ Cf. voto do Conselheiro JOÃO CURA MARIANO no Acórdão 353/2012.

⁵⁶⁹ ANDRÉA MAGALHÃES. “*Jurisprudência da crise: (...)*” *op. cit.*, p. 39-40.

⁵⁷⁰ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de Direito (...)*”, *op. cit.*, p. 717.

ser tido por violado quando, ainda que não verificado arbítrio, a restrição imposta a determinado grupo de pessoas for considerada desproporcionalmente desvantajosa. Assim, questiona a capacidade técnica dos juízes constitucionais em examinar, em cada caso, a existência de uma desvantagem desproporcional.⁵⁷¹

Todavia, a decisão tomada não se limitou a uma declaração de inconstitucionalidade das medidas de austeridade. Como dito alhures, o Acórdão 353/2012 representou “*um tiro de advertência*”⁵⁷² ao legislador. Com fundamento no interesse público de reequilíbrio orçamentário em tempos de grave crise econômica e financeira e, reconhecendo os nefastos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para as contas públicas daquele ano, o Tribunal Constitucional entendeu por bem, salomonicamente, “*dividir o bebê*” e “*tomar uma medida inédita na jurisprudência constitucional portuguesa, sem qualquer precedente*”⁵⁷³. A declaração de inconstitucionalidade só produziria efeitos no ano seguinte, permitindo, portanto, a vigência de normas inconstitucionais de austeridade durante o ano econômico.⁵⁷⁴

Esta *inovação*⁵⁷⁵ só fez aumentar o volume das críticas proferidas contra o Tribunal que, abandonando anterior postura de deferência ao poder político, passa a opor o seu

⁵⁷¹ LUÍS PEREIRA COUTINHO. “*Os direitos sociais e a crise (...)*” *op. cit.*, p. 81. Sobre a articulação da igualdade e a proporcionalidade ver LUÍS PEREIRA COUTINHO e MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. “*A “Igualdade Proporcional”, Novo Modelo de Controlo do Princípio da Igualdade? - Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013*. Direito e Política, n.º 4, 2013.

⁵⁷² CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de (...)*” *op. cit.*, p. 717.

⁵⁷³ JORGE REIS NOVAIS, “*Em defesa (...)*” *op. cit.*, p. 70.

⁵⁷⁴ Destaca-se do voto do Conselheiro JÓAO CURA MARIANO proferido no Acórdão 352/2012: “Estas medidas de suspensão do pagamento de remunerações e de pensões inserem-se, como ficou aludido, no quadro de uma política económico-financeira, tendente à redução do défice público a curto prazo, de modo a dar cumprimento aos limites (4,5% do PIB em 2012) impostos nos memorandos acima mencionados, os quais condicionam a concretização dos empréstimos faseados acordados com a União Europeia e com o Fundo Monetário Internacional.(...) Ora, encontrando-se a execução orçamental de 2012 já em curso avançado, reconhece-se que as consequências da declaração de inconstitucionalidade acima anunciada, sem mais, poderiam determinar, inevitavelmente, esse incumprimento, pondo em perigo a manutenção do financiamento acordado e a consequente solvabilidade do Estado.(...) Estamos, pois, perante uma situação em que um interesse público de excepcional relevo exige que o Tribunal Constitucional restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos permitidos pelo artigo 282.º, n.º 4, da Constituição, não os aplicando à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012”. Cfr. Também CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de (...)*” *op. cit.*, 717.

⁵⁷⁵ Interessante paralelo é encontrado na legislação infra-constitucional brasileira. Com efeito, a postergação dos efeitos da inconstitucionalidade, considerada pela doutrina portuguesa uma inovação na jurisprudência da Corte Constitucional, é questão hodierna na jurisprudência constitucional brasileira. No Brasil a Lei 9.868/99, que trata do processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), traz em seu art. 27 expressa previsão da modulação de efeitos, em razão de segurança jurídica ou excepcional interesse público, de decisão que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Verificados os seus elementos autorizadores, o Supremo Tribunal Federal, através de quórum qualificado, para além de negar efeitos *ex tunc*, pode postergar os efeitos da inconstitucionalidade declarada para o

juízo de proporcionalidade sobre aquele realizado pelo legislador na definição das políticas do Estado. O Tribunal Constitucional teria entrado “*no cerne da política*”⁵⁷⁶. Havia-se vencido o Rubicão.⁵⁷⁷

1.2.3 – TERCEIRO MOMENTO (2013/2014): ANÁLISE DO ACÓRDÃO 187/2013

Em 2011 o Tribunal Constitucional, através do Acórdão 396/2011, considerou constitucional a redução salarial imposta às remunerações de funcionários públicos. Considerou que o superior sacrifício exigido destes cidadãos se encontrava dentro dos *limites do sacrifício*.⁵⁷⁸ Em 2012, em julgamento que deu origem ao Acórdão 353/2012, os juízes constitucionais afirmaram que a austeridade imposta estava indo longe demais. As novas restrições, somadas àquelas do ano anterior, ainda em vigor, mostravam-se desproporcionalmente violadoras ao princípio da igualdade. Contudo, reconhecendo os efeitos que a declaração de inconstitucionalidade poderia ter para o ano fiscal, preferiram modular os efeitos de sua decisão. O aviso, no entanto, estava dado.⁵⁷⁹

Em 2013 todos os olhos estavam voltados para a decisão do Tribunal Constitucional acerca das novas restrições previstas na Lei Orçamentária. O Orçamento para o ano de 2013 trazia a suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalente aos trabalhadores ativos do setor público, enquanto que em relação aos aposentados e pensionistas a suspensão seria de 90% do subsídio. Ademais, criava a “*contribuição extraordinária de solidariedade*” (CES) a incidir progressivamente sobre pensões superiores a 1.350 euros, podendo chegar a uma alíquota acumulada, no caso de pensões superiores a 3.750 euros, de até 50% o valor do benefício.⁵⁸⁰

Havia uma certa expectativa⁵⁸¹ de manutenção da suspensão do pagamento do subsídio de férias – vez que, diferentemente ao ano anterior, desta vez a suspensão recairia sobre um e não dois subsídios – e rejeição da contribuição extraordinária de

futuro estabelecendo o período em que a lei inconstitucional permanecerá em vigência. Para mais detalhes cfr. GILMAR FERREIRA MENDES. “*Curso de (...)*” *op. cit.*, p. 1073-1422.

⁵⁷⁶ LUÍS PEREIRA COUTINHO. “*Os direitos sociais e a crise (...)*” *op. cit.*, p. 81.

⁵⁷⁷ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. “*Jurisprudência da crise. (...)*” *op. cit.*, p. 59.

⁵⁷⁸ Ver voto do Conselheiro JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO no Acórdão 396/2011.

⁵⁷⁹ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de (...)*” *op. cit.*, p. 717.

⁵⁸⁰ Cf. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 187. Relator Cons. Carlos Fernandes Cadilha. Diário Oficial. Lisboa, 05 de abril de 2013.

⁵⁸¹ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de Direito (...)*”, *op. cit.*, p. 718; LUÍS PEREIRA COUTINHO e MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. A “*Igualdade Proporcional*” (...)” *op. cit.*, p. 182.

solidariedade, considerada excessiva.⁵⁸² A decisão do Tribunal constitucional em declarar a inconstitucionalidade da suspensão do subsídio de férias, mas não da CES, certamente provocou surpresa. No entanto, pergunta-se: eram as expectativas fundamentadas?

Entendemos que não. O palco certamente estava montado. No julgamento que deu origem ao Acórdão 396/2011, o Tribunal reconheceu a desigualdade existente entre trabalhadores do setor público e trabalhadores do setor privado e pontuou que daqueles se poderia exigir um sacrifício maior em prol do interesse público. No Acórdão 353/2012 postulou, contudo, que todo sacrifício tem limites e que o legislador os ultrapassou ao suspender, total ou parcialmente, os subsídios de férias e de natal. O aviso estava dado, o poder político não o ouviu.⁵⁸³ A questão não era suspender um ou dois subsídios, mas que a suspensão cumulada à redução salarial era exigir demais dos funcionários públicos.

Assim, a reedição da suspensão do subsídio de férias no Orçamento para 2013, ao nosso ver, parece testar a obstinação do Tribunal Constitucional. Não obstante, o resultado foi a reprovação e consequente declaração de inconstitucionalidade da medida de austeridade sob o argumento de que seu efeito, conjugado com medidas anteriores de redução salarial, desrespeitava os princípios da igualdade proporcional e da justa repartição dos encargos públicos.

Em um juízo de proporcionalidade,⁵⁸⁴ os Conselheiros do Tribunal Constitucional entenderam que a suspensão do pagamento do subsídio de férias, somadas a restrições anteriores impostas aos funcionários públicos, ainda que adequadas ao fim pretendido pelo Estado, não se justificavam ante o exame da necessidade, uma vez que, passada a urgência existente em 2011, outras medidas tão ou mais eficientes e menos limitadoras à igualdade poderiam ter sido adotadas.

A “*desigualdade legítima*”⁵⁸⁵, conceito basilar do Ac. 396/2011, não poderia servir de fundamento perpétuo para a contínua desvalorização dos trabalhadores do setor público perante aqueles do setor privado ou outros rentistas.⁵⁸⁶ Ademais, ainda que a

⁵⁸² LUÍS PEREIRA COUTINHO e MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. A “*Igualdade*” (...)” *op. cit.*, p. 182.

⁵⁸³ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de (...)*” *op. cit.*, 717.

⁵⁸⁴ Cf. voto do Conselheiro CARLOS FERNANDES CADILHA no Acórdão 187/2013.

⁵⁸⁵ Em seu voto, proferido no Acórdão 187/2013, o Conselheiro CARLOS FERNANDES CADILHA explica: “[...] o Tribunal concluiu pela admissibilidade de “alguma diferenciação entre quem recebe por verbas públicas e quem atua no setor privado da economia”, excluindo a possibilidade de, no “contexto económico e financeiro” então presente, ser considerada “injustificadamente discriminatória qualquer medida de redução dos rendimentos dirigida apenas aos primeiros”.

⁵⁸⁶ Cf. JORGE MIRANDA. “*Estado Social (...)*” *op. cit.*, p.394; CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de (...)*” *op. cit.*, p. 718-719.

restrição sobrevivesse ao exame da necessidade, sob a proporcionalidade em sentido estrito, a cumulação de sacrifícios exigidos do funcionalismo público, a limitação do princípio da igualdade, era muito mais *pesada* do que o objetivo perseguido, ou seja, a busca do equilíbrio das contas públicas.⁵⁸⁷

Resultado diferente foi aquele conferido à contribuição extraordinária de solidariedade⁵⁸⁸ imposta a todos os pensionistas e aposentados que auferissem mais de 1.350 euros, podendo chegar a uma alíquota acumulada de até 50% o valor do benefício.

Os Conselheiros do Tribunal Constitucional lembraram-se da argumentação jurídica que havia possibilitado a redução salarial do funcionalismo público em momento anterior.⁵⁸⁹ Tratava-se de medida condicionada pelos compromissos assumidos por Portugal no contexto da crise econômica e financeira, justificada pelo interesse público em uma economia estabilizada e que buscava o saneamento do déficit da segurança social.

Em um exame da proporcionalidade⁵⁹⁰, considerou-se que a criação e cobrança da CES era *adequada* aos fins pretendidos pelo Estado. *Necessária*, uma vez que não se vislumbrava outras possíveis restrições que impusessem menor prejuízo ao bem jurídico constitucionalmente protegido ao mesmo tempo que realizassem, em maior grau, o objetivo estabelecido. Quanto à *proporcionalidade em sentido estrito*, reconheceu-se a expectativa legítima dos beneficiários de pensões e aposentadorias na continuidade de seus benefícios. Não lhes era exigido planejamento de alternativas para eventual alteração de suas condições jurídicas⁵⁹¹ em antecipação mediúcnica de uma situação de crise, Não obstante, o caráter excepcional e transitório da medida, bem como o esforço legislativo em graduar o grau do sacrifício requerido dos aposentados e pensionistas, significou a sua

⁵⁸⁷ Nestes termos o voto do Conselheiro CARLOS FERNANDES CADILHA proferido no Acórdão 187/2013: “A imposição de sacrifícios mais intensos aos trabalhadores que exercem funções públicas não pode ser justificada por fatores macroeconómicos relacionados com a recessão económica e o aumento do desemprego, que terão de ser solucionados por medidas de política económica e financeira de carácter geral, e não por via de uma maior penalização dos trabalhadores que, no plano da empregabilidade, não suportam, ou não suportam em idêntico grau, os efeitos recessivos da conjuntura económica.” Contra a fórmula da igualdade proporcional utilizada pelo Tribunal Constitucional ver LUÍS PEREIRA COUTINHO e MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A “Igualdade Proporcional (...)” op. cit.*, p. 186-191.

⁵⁸⁸ JORGE REIS NOVAIS (*“Em defesa (...)” op. cit.*, p. 71) pontua: “Independentemente do nome que lhe dava, o Governo colocava os pensionistas a contribuir para o pagamento das suas próprias pensões, tal significava, objectivamente, uma redução temporária e excepcional (também para vigorar só durante o Programa de Assistência) no valor nominal das pensões que lhe haviam sido atribuídas”.

⁵⁸⁹ Ver PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 396/2011.

⁵⁹⁰ Cf. voto do Conselheiro CARLOS FERNANDES CADILHA proferido no Acórdão 187/2013.

⁵⁹¹ JORGE MIRANDA em *“Estado Social (...)” op. cit.*, p. 395 – defende que tal contribuição representa verdadeiro tributo a violar regra constitucional da unicidade do imposto sobre o rendimento pessoal, previsto no art. 104º, nº 1, da Constituição.

aprovação. Assim, sendo a instituição do tributo considerada proporcional, deixaram os Conselheiros do TC de declarar a sua inconstitucionalidade.⁵⁹²

Os anos de austeridade e as medidas implementadas pelo Governo tiveram grande impacto perante a opinião pública que se mostrou contrária às políticas de ajuste.⁵⁹³ O Tribunal Constitucional não ignorou a situação de crise económica, por vezes decidindo pela constitucionalidade, por vezes declarando a inconstitucionalidade, inclusive com modulação de efeitos, de medidas que impunham injusto sacrifício aos portugueses.

1.3 – O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E A CRISE: CRÍTICOS E DEFENSORES

A jurisprudência da crise em Portugal foi e é objeto de amplos debates entre os principais constitucionalistas portugueses e europeus. Críticos questionaram a legitimidade do TC opor o seu juízo àquele feito pelo poder político, os juízos de proporcionalidade realizados e a adjudicação de direitos sociais.

Algumas destas críticas são mais gerais motivo pelo qual já foram abordadas em momentos anteriores desta dissertação, seja quando defendemos a democraticidade da ponderação e legitimidade do Tribunal Constitucional seja quando analisamos aspectos importantes dos direitos sociais ou mesmo quando do estudo de acórdãos paradigmas da jurisprudência da crise.

É por este motivo que nos concentraremos em aspectos mais específicos da atuação do Tribunal Constitucional que deu azo a amplo debate e inclusive certo temor

⁵⁹² Destaca-se do voto do Conselheiro CARLOS FERNANDES CADILHA proferido no Acórdão 187/2013: “A CES foi, na realidade, concebida exclusivamente para fazer face, juntamente com outras medidas, à situação de crise económico-financeira, que terá transitariamente também exigido, no quadro das opções de base feitas pelo poder político, um urgente reforço do financiamento do sistema de segurança social, à custa dos próprios beneficiários. (...)É, pois, atendendo à natureza excecional e temporária desta medida, tendo por finalidade a satisfação das metas do défice público exigidas pelo Programa de Assistência Económica e Financeira, que a sua conformidade com os princípios estruturantes do Estado de direito democrático deve ser avaliada”.

⁵⁹³ CARLOS BLANCO DE MORAIS (*“Curso de (...)” op. cit.*, p. 721-722) explica aquele momento político: “A conjuntura política que rodeou todas estas decisões foi muito tensa. O Governo foi duramente contestado nas ruas e na opinião pública, não apenas pelo rigor das medidas, mas também pela forma como as implantou e fundamentou. A estratégia do Executivo pautou-se por um desafio e uma crítica em crescendo ao Tribunal Constitucional, o qual responsabilizou pelo incumprimento do programa de ajustamento, pelas derrapagens orçamentais e até pela eventualidade de um segundo resgate. O Tribunal confrontou-se com o ruído da rua (e com manifestantes que exibiam T “Shirts” estampadas com a frase “I Love TC”) e aliou um hermetismo e um defeso absoluto a qualquer pressão externa, a uma certa sobranceria silenciosa que transmitiu, para alguns, uma imagem de incomunicabilidade. A tensão entre o Tribunal e a maioria atingiu patamares não antes alcançados na III República. Pelo seu lado, a oposição parlamentar optou por tentar transformar a Justiça Constitucional numa “Câmara alta”, detentora de um veto jurisdicional, jurisdicinalizando ostensivamente todas as políticas públicas”.

em relação ao alcance dos compromissos assumidos por Portugal perante organismos internacionais.⁵⁹⁴ Este temor levou alguns a sustentarem a existência de um estado de exceção ou mesmo de emergência financeira que deveria pautar a atuação da jurisprudência portuguesa. Outros foram mais longe ao defenderem a necessidade de um “direito da crise” a ser seguido naquele período. Passemos a eles.

1.3.1 – A (IN)EXISTÊNCIA DE UM ESTADO DE EXCEÇÃO OU DE EMERGÊNCIA FINANCEIRA

O papel a ser desempenhado por uma Corte Constitucional em tempos de crise não é fácil, mas extremamente exigente.⁵⁹⁵ Certo é que em tempos de crise, de emergência ou de necessidade⁵⁹⁶, é exigido que os juízes constitucionais julguem casos em que o interesse público (*salus rei publicae*) e a proteção de direitos fundamentais se colocam em posições opostas.⁵⁹⁷ De fato, em um primeiro momento, a crítica à atuação do Tribunal Constitucional durante a crise financeira e econômica focou-se no sentido de que “A salvação pública deve ser a lei suprema perante a qual se devem submeter os direitos individuais”⁵⁹⁸.

Sustentou-se a hipótese de que a crise, bem como os compromissos assumidos por Portugal, teria como consequência um estado de exceção temporário,⁵⁹⁹ durante o qual estariam os direitos sociais suspensos em prol do reequilíbrio e da retomada do crescimento econômico.

⁵⁹⁴ CARLOS BLANCO DE MORAIS: “Pese as críticas e ameaças públicas de novo resgate, o facto é que o “Apocalipse” não sucedeu e o Governo viu-se forçado a compensar, sucessivamente, através da previsão de novas medidas de austeridade, as verbas que não logrou obter através das normas julgadas inconstitucionais. Em agosto de 2014, o Executivo renunciou a efetuar qualquer reforma da segurança social durante a legislatura em curso”. (Idem. “Curso de (...)” *op. cit.*, p. 723)

⁵⁹⁵ ANDREA MORRONE. “*Constitutional courts (...)*” *op. cit.*, p. 96.

⁵⁹⁶ Apesar de pontuar a necessidade de se distinguir situações de “crise” de “estado de emergência” e “estado de necessidade” ANDREA MORRONE (“*Constitutional courts (...)*” *op. cit.*, p. 97) enumera aspectos comuns: “(1) the sudden and unforeseen shift from a situation which is known, too one which is unknown, (2) the destabilization of a pre-existing balance, (3) a transformation leading to something new, (4) the establishment of a new regime, and finally, (5) the passage from an ordinary legal framework to an extraordinary or exceptional one”.

⁵⁹⁷ ANDREA MORRONE (“*Constitutional courts (...)*” *op. cit.*, p. 99).

⁵⁹⁸ Cf. crítica em ANTONIO MANUEL HESPANHA, “*A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”. Crise, Direito e Argumentação Jurídica*”. In: Revista do Ministério Público, 130, 2012, p. 9 ss., e p. 33 e ss.; ANTÓNIO AVELÁS NUNES, “*A Crise do Capitalismo: Capitalismo, Neoliberalismo e Globalização*”. 6ª ed., Lisboa, p. 263 e ss.

⁵⁹⁹ Cf. RICARDO BRANCO. “*“Ou sofrem todos ou há moralidade”: breves notas sobre a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 353/2012, de 5 de julho*” In: *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*. Vol. I, Coimbra: Coimbra editora, 2012, p. 349. JORGE BACELAR GOUVEIA, “*Da Constituição da crise’ à ‘crise da Constituição’*”. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno. (ed.). *A Crise e o Direito*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 180-181.

Tratar-se-ia de um “estado de emergência financeira não declarada”⁶⁰⁰ nascido da inconstitucionalidade do Memorando do Entendimento e do Programa de Assistência Financeira Internacional (PAEF) assinados pelo Governo socialista português em 2011.⁶⁰¹ Como se viu, na esteira da crise de dívidas soberanas de vários Estados europeus⁶⁰², a assinatura por Portugal destes documentos buscava a sanção de seus problemas econômicos através da contratação de vultoso empréstimo e implementação, como contrapartida⁶⁰³, de medidas de austeridade.

Esta dita inconstitucionalidade se fundamentaria na aprovação de compromissos perante entidades internacionais por um governo de gestão dotado de competência meramente residual e na falta de autorização prévia, ou mesmo posterior, da Assembleia da República.⁶⁰⁴

E, ainda que se concedesse ao argumento de que a assinatura do Memorando de Entendimento (MoU) se colocasse dentro do âmbito de atuação política do Governo, José de Melo Alexandrino, com base no art. 161, “h”, da Constituição portuguesa⁶⁰⁵, defende que caberia à Assembleia da República decidir e autorizar os instrumentos de financiamento assumidos pelo Governo através do PAEF e do MoU.⁶⁰⁶

Assim, ainda que o Memorando de Entendimento tenha sido aprovado ao abrigo de normas de direito internacional e da União Europeia, à luz da Constituição portuguesa tratar-se-ia de um ato inconstitucional cuja aprovação não poderia ter decorrido de simples ato administrativo.⁶⁰⁷

E não haveria que se falar na impossibilidade de apresentação dos documentos pela inexistência de uma Assembleia da República. É que, encontrando-se este órgão dissolvido, era responsabilidade do Governo a submissão da matéria à Comissão

⁶⁰⁰ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. “*Jurisprudência da Crise (...)*” *op. cit.*, p. 56.

⁶⁰¹ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de Direito (...)*”, *op. cit.*, p. 710; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO; LUÍS PEREIRA COUTINHO; TIAGO FIDALGO DE FREITAS; JORGE SILVA SAMPAIO. “*Editorial: The Portuguese (...)*” *op. cit.*, p. 01-02.

⁶⁰² JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “*Jurisprudência da Crise (...)*”, *op. cit.* 53 e ss; ANDREA MORRONE. “*Constitutional courts (...)*” *op. cit.*, p. 89-90.

⁶⁰³ MIGUEL POIARES MADURO; ANTÓNIO FRADA; LEONARDO PIERDOMINICI. “*A Crisis Between (...)*” *op. cit.*, p. 37-38, 41-42.

⁶⁰⁴ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “*Jurisprudência da Crise (...)*”, *op. cit.*, p. 53-54; CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de Direito (...)*”, *op. cit.*, p. 724.

⁶⁰⁵ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Art. 161, “h”: “Compete à Assembleia da República: (...) h) Autorizar o Governo a contrair e a conceder empréstimos e a realizar outras operações de crédito que não sejam de dívida flutuante, definindo as respetivas condições gerais, e estabelecer o limite máximo dos avales a conceder em cada ano pelo Governo”.

⁶⁰⁶ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “*Jurisprudência da Crise (...)*”, *op. cit.*, p. 54.

⁶⁰⁷ *Ibid*, p. 54 e ss.

Permanente da Assembleia da República⁶⁰⁸ e também ao Presidente da República que poderia convocar o Parlamento em caráter extraordinário para apreciação do ato do Governo e aprovação dos compromissos assumidos.⁶⁰⁹

É neste contexto que se exigiria uma especial interpretação e aplicação da Constituição a fim de refletir o âmbito normativo⁶¹⁰ da norma. O Poder Judiciário não estaria isento de conformar sua atuação a este estado de emergência financeira, sendo criticável eventual protagonismo do TC ao invés de necessária cooperação com os outros poderes do Estado para a superação da crise.⁶¹¹ Em verdade, como apontam Miguel Poiars Maduro, António Frada e Leonardo Pierdominici, ao menos em suas primeiras decisões, o Tribunal Constitucional reconhece que a situação crítica da economia portuguesa requeria a adoção de excepcionais medidas de austeridade.⁶¹²

O que se defende e se reconhece é que a Constituição portuguesa, abalada pela crise, permanece em vigor, mas sua aplicação e interpretação deve ter em consideração a realidade fática do país e a necessidade de duros sacrifícios para a superação sobre a crise econômica e financeira. Esta nova realidade normativa exortaria os magistrados constitucionais a maior sensibilidade política e cuidado com o princípio da separação dos poderes. A jurisdição constitucional se restringiria apenas àquelas opções legislativas fragrantemente inconstitucionais.⁶¹³

⁶⁰⁸ Segundo o art. 179º, nº 3, alínea “a”, da Constituição da República Portuguesa, a primeira das competências da Comissão Permanente é a de “vigiar pelo cumprimento da Constituição e das leis e acompanhar a atividade do Governo e da Administração”.

⁶⁰⁹ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. “*Jurisprudência (...)*” *op. cit.*, p. 54 e ss.

⁶¹⁰ Sobre a relação entre o texto e a realidade regulada pela norma, JOSE DE MELO ALEXANDRINO, “*Como ler a Constituição – algumas coordenadas*”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III – Direito Privado, Direito Público e Vária, Coimbra: Almedina, 2010, p. 505 ss; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “*Lições de Introdução à Teoria da Constituição*”, Lisboa, s.n., 2013, p. 165 ss, 169 ss.

⁶¹¹ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO (“*Jurisprudência (...)*” *op. cit.*, p. 57) postula: “o regresso à normalidade não pode ser alcançado através de um super-herói, mas sim por via da cooperação responsável entre os diversos poderes do Estado, todos colaborando para o mesmo fim prioritário do pronto regresso à normalidade constitucional”. Também ANDREA MORRONE. “*Constitutional courts (...)*” *op. cit.*, p. 90.

⁶¹² MIGUEL POIARES MADURO; ANTÓNIO FRADA; LEONARDO PIERDOMINICI. “*A Crisis Between (...)*” *op. cit.*, p. 09; ANDREA MORRONE. “*Constitutional courts (...)*” *op. cit.*, p. 93-94.

⁶¹³ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO (“*Jurisprudência (...)*” *op. cit.*, p. 60) explica: “(i), por um lado, toma como ponto de partida o reconhecimento da real afectação da capacidade de conformação da vida colectiva por parte da Constituição, em virtude de um conjunto de factores jurídicos (como os derivados de limitações heterônomas e da consentida ou forçada inserção numa “rede de regulações constitucionais”) e extra-jurídicos (como sucede com os efeitos da interdependência sistémica advinda de fenómenos como o da iminência do colapso financeiro do Estado ou da sustentabilidade da moeda única europeia); (ii) por outro lado, apesar de traduzir uma forma de derrotabilidade, a verificação desta capacidade limitada da lei fundamental não contende à partida nem com a validade, nem com a vigência da Constituição, obrigando sim a uma releitura das respectivas normas, dada a referida relação de interdependência entre a norma e a realidade regulada pela norma; (iii) por fim, seja qual for a figura a que se deva reconduzir essa afectação da normatividade constitucional, uma coisa é certa: a mesma não pode deixar de reflectir-se no plano da

Contudo, adotamos aqui a lição do professor Carlos Blanco de Moraes⁶¹⁴ para refutar as principais objeções levantadas pelo professor José de Melo Alexandrino à constitucionalidade do PAEF. Verificamos que o acordo em questão não tem valor de *convenção internacional* – eis que celebrado pela Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, órgãos da União Europeia, sujeito de Direito Internacional e parte não contratante – mas de um *contrato internacional*, sendo este o entendimento do Tribunal Constitucional. Assim, sendo um acordo administrativo, financeiro e político, não haveria necessidade de sua publicação no Diário da República ou seria suscetível de impugnação junto ao Tribunal Constitucional. Além disso, nunca tendo sido questionado perante a Corte, não poderiam seus conselheiros, em razão do princípio do impulso oficial, de ofício apreciá-lo e/ou invalidá-lo.

No que tange à competência do Governo, o professor Blanco de Moraes pontua que a aprovação do programa era inadiável em um período de extrema necessidade financeira. A sua assinatura, portanto, enquadra-se naqueles poderes de um Governo de gestão, à luz do Acórdão 65/2002 do Tribunal Constitucional. Em relação ao argumento da necessidade de aprovação parlamentar, tem-se por desnecessária. É que a assinatura dos documentos contratuais com componentes administrativos, dentro dos limites impostos pelo princípio da separação dos poderes, enquadra-se na competência do Executivo, sendo o Legislativo, contudo, competente para a aprovação de leis que tratem sobre a aplicação das medidas de austeridade acordadas.⁶¹⁵

Superado o argumento de um estado de exceção devido à inconstitucionalidade dos compromissos assumidos por Portugal através da assinatura do PAEF e do Memorando do Entendimento, também a hipótese da existência de um estado de emergência financeira deve ser abandonada. Ora, como já apontado alhures, escassez, ainda que *moderada*⁶¹⁶, sempre existirá, enquanto que um tempo de bonança econômica, em que as necessidades dos cidadãos são plenamente atendidas pelo Orçamento do Estado, mais parece um sonho utópico. Assim, abandonando utopias inalcançáveis, dever-

“correspondente limitação dos poderes da jurisdição constitucional, sempre que esteja em causa o controlo do respeito por essa componente específica da Constituição.” Cf. também MIGUEL POIARES MADURO; ANTÓNIO FRADA; LEONARDO PIERDOMINICI. “*A Crisis Between (...)*” *op. cit.*, p. 09-10.

⁶¹⁴ CARLOS BLANCO DE MORAIS. “*Curso de Direito (...)*” *op. cit.*, 724/725.

⁶¹⁵ *Ibid.*, 724/725.

⁶¹⁶ FRANCISCO LAPORTA. “*Los derechos sociales (...)*” *op. cit.*, p. 297 ss.

se-ia evitar um presente distópico em que o nunca alcance da “normalidade” justifica a indesejável *eternização*⁶¹⁷ do estado de emergência.

Jorge Reis Novais observa que atualmente abandonou-se a defesa de um estado de exceção ou de emergência financeira. Em lugar se adota uma hipótese, a qual passaremos a estudar, dita *informal* ou *minimalista*. Esta hipótese sustenta que a situação de emergência financeira demandaria uma jurisprudência constitucional especial a ser criada por meio de um direito constitucional com vigência durante os anos de urgência financeira, ou através da admissibilidade de um direito de crise a prevalecer sobre a aplicabilidade da Constituição.⁶¹⁸

1.3.2 – A (DES)NECESSIDADE DE UM DIREITO DE CRISE

Se em um primeiro momento o Tribunal Constitucional sustentou a constitucionalidade das medidas anticrise, inclusive fazendo referência aos documentos internacionais assinados por Portugal,⁶¹⁹ a nova postura de seus conselheiros, inaugurada a partir do segundo momento⁶²⁰, provocou novas críticas e questionamentos.

De fato, após vencido o argumento da existência de um estado de exceção ou de emergência financeira, passaram os críticos a postular a existência de um denominado “*direito de crise*” em que a atuação dos juízes constitucionais se limitaria a casos de grave inconstitucionalidade. Fora desses casos limites, ainda que se pudesse imaginar soluções mais benéficas do que aquela escolhida pelo legislador, em atenção a um princípio “*in dubio pro medidas anticrise*”, deveria o Tribunal Constitucional português, a exemplo de

⁶¹⁷ JORGE REIS NOVAIS, “*Em defesa (...)*”, *op. cit.*, p. 41.

⁶¹⁸ *Ibid*, p. 41-42.

⁶¹⁹ MIGUEL POIARES MADURO; ANTÓNIO FRADA; LEONARDO PIERDOMINICI. “*A Crisis Between (...)*” *op. cit.*, p. 09.

⁶²⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 353/2012.

sua contraparte espanhola, deferir à opção feita pelo poder político⁶²¹, apenas atuando para eliminar aquelas interpretações consideradas inadequadas da Constituição.⁶²²

Gonçalo de Almeida Ribeiro⁶²³ sustenta que a atuação dos juízes constitucionais portugueses, participantes do *Fórum de Princípio*, deve se pautar não apenas pelas virtudes da razoabilidade, previsibilidade, adequação, legitimidade e cosmopolitismo, mas também por virtudes de natureza prudencial. Estas *virtudes*, que Alexander Bickel denomina por *passivas*⁶²⁴, são de múltiplas e inarticuláveis qualidades de discernimento e temperamento que servem como farol à atividade do juiz constitucional que se aventura a defender a Constituição no mar revolto e perigoso da política.

Alexander Hamilton descreve, ainda no século XVIII, o poder judicial como “*the least dangerous branch*”, eis que sua força não é autoimpositiva. A força do Judiciário é aquela que a sociedade lhe confere e que o Executivo lhe garante através do cumprimento de suas decisões.⁶²⁵ Neste cenário, o exercício da função jurisdicional pelos juízes e tribunais constitucionais deve ser parcimonioso em tempos de crise.⁶²⁶

Luís Pereira Coutinho chega a defender que o Tribunal Constitucional, diante de uma reconhecida necessidade estatal emergencial, deve exercer virtuosa *passividade*

⁶²¹ MARIA BENEDITA URBANO. “A jurisprudência da crise no divã. Diagnóstico: bipolaridade?”. In: COUTINHO, Luís Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. (org) *O Tribunal Constitucional e a crise – Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 9-48. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. “Jurisprudência (...)” *op. cit.*, p. 68 destaca que: “[...]em zonas em que se deva reconhecer a existência de uma margem de conformação do legislador, o Tribunal Constitucional deve considerar-se incompetente, salvo em casos de violação de regras ou de desvio manifesto ao programa constitucional, para censurar as opções do legislador democraticamente eleito, devendo abster-se particularmente do recurso a fórmulas abstractas, como as da dignidade da pessoa humana, da justiça, da igualdade ou da tutela da confiança, que por regra, tal como sucede com o princípio do Estado de Direito democrático (Acórdãos nºs 287/90, 237/98, 396/2011) não devem ser tomadas como parâmetros autónomos de controlo”

⁶²² MARINA GASCÓN ABELLÁN. “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”. In: Revista Española de Derecho Constitucional, Ano 14, n. 41, Maio-Agosto, 1994 p. 80 – explica que o Tribunal Constitucional espanhol entende que a sua função não é a de substituir o Parlamento, possuidor de maior liberdade política; não é a de fixar a “melhor” interpretação de cada preceito constitucional, mas aquela admissível dentro dos preceitos constitucionais.

⁶²³ GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO. “O constitucionalismo dos princípios”, in: COUTINHO, Luís Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida (org) *O Tribunal Constitucional e a crise – Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 69-103.

⁶²⁴ ALEXANDER BICKEL, “The Supreme Court 1960 Term – Forward: The passive virtues”. Harvard Law Review, vol. 75, 1961-62, pp. 40 ss.

⁶²⁵ ALEXANDER HAMILTON. “Federalist Nº. 78: The Judiciary Department”. *The Federalist Papers*. The Judiciary Department. McLean’s Edition. New York.

⁶²⁶ GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO. “O constitucionalismo (...)” *op. cit.*, p. 103 – “é necessário que os juízes, e sobretudo os tribunais constitucionais, sejam poupados e cirúrgicos na gestão do seu poder em circunstâncias de crise. ‘Há tempos de coruja e tempos de falcão’ é a máxima prudencial não apenas do bom príncipe, mas também do bom juiz. E os tempos que vivemos – importa salientá-lo – são tempos de coruja”.

*judicial*⁶²⁷ e resistir à utilização de seu poder de dar a última palavra sobre a criação ou rejeição de leis⁶²⁸ retornando, assim, à sua função precípua de aplicador da lei. Ainda quando se tratarem de medidas inconstitucionais, caso esteja em causa uma *questão política*⁶²⁹, devem os conselheiros deferirem⁶³⁰ à opção feita pelo poder político e devidamente fundamentar a passividade adotada em uma situação excepcional.⁶³¹

Maria Benedita Urbano⁶³² alerta para o perigo de ruptura da ordem e unidade do Estado que uma visão redutora da Constituição que privilegie os direitos fundamentais pode implicar.⁶³³ Normas constitucionais organizatórias do Estado seriam normas estruturalmente mais rígidas e menos propensas à liberdade de interpretação e aplicação.⁶³⁴ Assim, não haveria uma premência dos direitos fundamentais em relação à constituição de poderes⁶³⁵, sendo a “*intromissão*”⁶³⁶ do Poder Judiciário no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo potencialmente comprometedor da fundamental separação de poderes.

Stavros Tsakyrakis⁶³⁷, preocupado com este cenário que lhe parece representar uma inversão de papéis entre Governo e Corte Constitucional, apresenta perturbadora hipótese. Analisando a atividade do Tribunal Constitucional português observa que coube

⁶²⁷ LUÍS PEREIRA COUTINHO. “*The Passive Sovereignty (...)*” *op. cit.*, p. 119; Idem. “*A “Convergência de Pensões” como (...)*” *op. cit.*, p. 09-10.

⁶²⁸ Idem. “*The Passive Sovereignty (...)*” *op. cit.*, p. 120-121.

⁶²⁹ Idem. “*A “Convergência de Pensões” como (...)*” *op. cit.*, p. 10.

⁶³⁰ STAVROS TSAKYRAKIS (“*Justice unrobed: Judicial review of austerity measures in Portugal*”. In: E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público, nº1, vol. 4, maio de 2017, p. 69) vai mais longe e questiona a própria autoridade das Cortes Constitucionais em rever escolhas políticas: “(...) when it comes to the assessment of the requirement that a policy choice serves the public good, it is not that courts must defer to the political branches (and the electorate) – it is that courts have no authority to make such assessments in the first place”.

⁶³¹ LUÍS PEREIRA COUTINHO. “*The Passive Sovereignty (...)*” *op. cit.*, p. 130; Idem. “*A “Convergência de Pensões” como (...)*” *op. cit.*, p. 18-19.

⁶³² MARIA BENEDITA URBANO. “*A jurisprudência da crise (...)*” *op. cit.*, p. 9-48.

⁶³³ MARIA BENEDITA URBANO (Idem, p. 47) explica: “Com crise ou sem crise, a preferência dos juízes constitucionais pelos direitos fundamentais, em especial pelos direitos sociais, fenómeno que se vem registrando com maior ou menor intensidade em vários países, pode significar que a constitucionalidade, como outrora a legalidade (expressão acabada da ideologia liberal burguesa), pode estar a desenvolver uma dimensão ideológica ao serviço de certos valores e grupos, o que põe em risco a ordem e a unidade do sistema [...] Isto é tanto mais assim, quanto de dia para dia se assiste ao surgimento e consolidação de um novo dogma [...], o de que o Executivo é inimigo dos direitos fundamentais e os juízes constitucionais os exclusivos guardiões da constituição.

⁶³⁴ ANTONIO RUGGERI. “*La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*” in *Diritto e Società*, nº 1, p. 15.

⁶³⁵ Cf. MASSIMO LUCIANI em “*La ‘costituzione dei diritti’ e la ‘costituzione dei posteri’ Noterelle brevi su un modello interpretativo recorrente*”. In: *Studi in onore di Vezio Crisafulli (Le fonti normative e altri temi di vario diritto)*, II, Padova, 1985, p. 18

⁶³⁶ Ver MIGUEL POIARES MADURO; ANTÓNIO FRADA; LEONARDO PIERDOMINICI. “*A Crisis Between (...)*” *op. cit.*, p. 12-13.

⁶³⁷ STAVROS TSAKYRAKIS. “*Justice unrobed: (...)*” *op. cit.*, p. 73-74.

ao Governo o ônus da prova da necessidade das medidas de austeridade aprovadas. De fato, esta tarefa de convencer os magistrados da mais alta corte, em sua visão, aproxima-se perigosamente daquela de políticos a convencerem os seus eleitores. Ora, se cabe à Corte exercer um juízo político e decidir sobre a melhor escolha dentre todas aquelas existentes, então por que eleger representantes? Ao invés de sustentar toda a estrutura de um Poder Legislativo apenas um colegiado de juízes constitucionais que decidiriam o futuro da nação.

É verdade que os tempos de crise exigem cautela do julgador, mas esta cautela não deve significar inação. Posicionamo-nos ao lado daqueles⁶³⁸ que afirmam que sejam em tempos de crise, sejam em tempos de normalidade, a Constituição deve ser defendida com o mesmo ardor por aqueles que tem as carreiras do Direito como vocação. Devem os juristas, acadêmicos, juízes, membros do Ministério Público e advogados colocarem-se sempre ao lado da Constituição em defesa da sociedade.

Em tempos de anormalidade política, econômica ou social – como aqueles que se instalam devido à existência de uma ameaça real, ou não, de um inimigo externo, a situação de medo coletivo que se segue a um atentado terrorista, uma crise profunda ou mesmo a radicalização religiosa que leva a se confundir os papéis da Igreja e do Estado – os mecanismos da democracia representativa que garantem a separação e interdependência dos poderes podem vir a sofrer neutralização. Direitos e garantias constitucionais que são normalmente respeitados restam sob ameaça das maiorias parlamentares ou governamentais⁶³⁹, devendo todos os três Poderes atuarem de forma responsável para garanti-los.

É certo que os juízes de Tribunais constitucionais não podem substituir o Governo, no entanto, devem garantir o respeito aos direitos fundamentais e princípios constitucionais consagrados pela Constituição. É neste momento, em que se vê a Constituição sob ameaça que o Tribunal deve assumir sua difícil missão constitucional e agir de modo mais forte⁶⁴⁰, mesmo que contramajoritariamente.

⁶³⁸ JORGE REIS NOVAIS (“*Em defesa (...)*” *op. cit.*, p. 53) pontua: “De facto, a única posição constitucionalmente adequada, ou mesmo admissível, é exatamente a oposta daquela que defendem. De facto, em tempo de crise, a Constituição deve adquirir uma nova e reforçada aplicabilidade, deve ser aplicada com maior rigor e exigência e o Tribunal Constitucional deve ser, se se pode dizer assim, ainda *mais* vigilante e guardião dos direitos e garantias nela previstos do que em tempos de normalidade”. Também neste sentido cf. ANDREA MORRONE. “*Constitutional courts (...)*” *op. cit.*, p. 90.

⁶³⁹ JORGE REIS NOVAIS. “*Em defesa (...)*” *op. cit.*, p. 55.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 57; ANDREA MORRONE. “*Constitutional courts (...)*” *op. cit.*, p. 90.

Não há aqui que se defender uma aproximação do Tribunal Constitucional português com o modelo de Tribunal Constitucional espanhol, vez que, como aponta Maribel González Pascual⁶⁴¹, os dois Tribunais inserem-se em um contexto normativo bastante distinto; ou em passividade judicial a ser exercida pela Corte Constitucional. É que preservar a *salus rei publicae* não deve servir de justificativa para o abandono dos direitos e princípios constitucionais fundamentais.⁶⁴²

Esta atuação não significa, contudo, uma violação do princípio da separação dos poderes. Como destacamos em momento anterior em que abordamos a democraticidade da ponderação, a legitimidade dos juízes constitucionais para julgarem as leis aprovadas pelo Legislativo e, eventualmente, oporem-se às escolhas do poder político advém da própria Constituição⁶⁴³ e inserem-se em um contexto cultural e normativo⁶⁴⁴ próprio.

Jorge Silva Sampaio defende que sistemas constitucionais como o português pressupõe uma *corte e direitos fortes*.⁶⁴⁵ Neste diapasão, a objeção contramajoritária perde importância, na medida em que se reconhece a lei como expressão de um órgão representativo, mas não titular, da soberania popular. Não sendo soberano, seu poder não

⁶⁴¹ MARIBEL GONZÁLEZ PASCUAL aponta as seguintes diferenças: “Firstly, it should be considered the different understanding of social rights in each Constitution. (...) the constitutional articles devoted to welfare right have been considered by many scholars, at most, principles that ought to be followed by the political power whenever economic circumstances allow them to do so. (...) The Portuguese Constitution contains a long and detailed list of social rights, which can be judicially enforced. (...) the Portuguese Constitution has a stronger and wider commitment towards social rights than other European Constitutions such as the Spanish one. (...) Secondly, the constraints and possibilities offered by the constitutional justice procedure law in each case must be pointed out. (...) the Portuguese Constitutional Court has dealt with the constitutionality of the austerity measures under the *a priori* constitutional review procedure in several cases. (...) The Spanish Constitutional Court instead dealt with the austerity measures mostly in the frame of abstract constitutional challenges, which allowed it to make decisions when the main controversy was actually over. (...) Thirdly, the Spanish Welfare State is intertwined with the Regional State. (...) Therefore, many austerity measures have been challenged before the Constitutional Court in the frame of a competence conflict between the central Government and a Regional Government or Parliament. (...) Thirdly, the MoU regarding Portugal is quite diferente from the one signed regarding Spain”. (Idem. “*Constitutional Courts before Euro-crisis law in Portugal and Spain; a comparative prospect*”. In: E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público, nº1, vol. 4, maio de 2017, p. 113-115).

⁶⁴² ANDREA MORRONE. “*Constitutional courts (...)*” *op. cit.*, p. 97. MIGUEL POIARES MADURO; ANTÓNIO FRADA; LEONARDO PIERDOMINICI (“*A Crisis Between (...)*” *op. cit.*, p. 31) observam que a criticada posição da Corte Constitucional portuguesa em defesa dos direitos sociais contra as medidas de austeridade, não representa uma virada ativista da Corte, mas em termos de argumentação legal, é consistente com sua jurisprudência anterior.

⁶⁴³ BERNARD SCHLINK “*The dynamics of (...)*” *op. cit.*, p. 1238 – questiona o argumento da legitimidade do Judiciário em se opor às decisões e medidas aprovadas pelo Executivo e Legislativo: “How much of a legitimation problem remains once we view constitutional adjudication as being established by the constitution? [...]The constitution defines its role and grants its own legitimacy. More legitimacy it neither needs nor gets”.

⁶⁴⁴ Sobre o contexto cultural e legal português ver JORGE SILVA SAMPAIO. “*The Contextual (...)*” *op. cit.*, p. 137 e ss.

⁶⁴⁵ *Ibid*, p. 150.

é ilimitado, mas limitado, exatamente, por outro órgão do Estado a quem a Constituição atribui a tarefa.⁶⁴⁶

De fato, até sob um ponto de vista republicano, o controle constitucional pelo Judiciário das decisões dos outros Poderes é válido, assegura a liberdade do indivíduo contra ações do Estado que possam ameaçá-la⁶⁴⁷ e exorta contra a proteção deficiente dos direitos fundamentais.

Andrea Morrone bem destacou a irracional expectativa que se coloca sobre os juízes constitucionais ao exigir que respondam à crise por meio de suas decisões. Na verdade, seu papel é o de controlar, com base em normas constitucionais, as escolhas efetuadas pelo poder político.⁶⁴⁸ Isso pode levar que juízes profiram votos com orientações ideológicas distintas daquelas que os alçou a um assento na Corte mais alta de suas nações.

De fato, em vários julgamentos o Tribunal Constitucional português chancelou medidas de austeridade que impuseram limitações à promoção de direitos sociais.⁶⁴⁹ Ora, além do Acórdão 187/2013, pode-se citar o Acórdão 794/2013⁶⁵⁰ em que se decidiu pela não declaração de inconstitucionalidade da consequente redução salarial, que se seguiu ao aumento da jornada de trabalho (de 35 para 40 horas semanais) sem correspondente aumento salarial, dos funcionários públicos; o Acórdão 413/2014⁶⁵¹ em que os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade de nova redução salarial imposta aos funcionários foram restringidos pelo Tribunal e, o Acórdão 572/2014⁶⁵² que não declarou a inconstitucionalidade do alargamento da incidência da contribuição extraordinária de solidariedade (CES) para abarcar também os pensionistas cujas pensões superassem 1000 euros.

Um juiz diligente de suas funções e obrigações votará inclusive contra suas próprias convicções ou contra a opinião da maioria da população, eis que não lhe cabe avaliar políticas ou objetivos, desde que constitucionalmente legítimos. A ele cabe tão

⁶⁴⁶ LUIS PIETRO SANCHÍS. *“Justicia constitucional (...)”* op. cit., p. 147.

⁶⁴⁷ PHILIP PETTIT. *“Republicanism: a theory of (...)”* op. cit., p. 172.

⁶⁴⁸ ANDREA MORRONE. *“Constitutional courts (...)”* op. cit., p. 99.

⁶⁴⁹ JORGE REIS NOVAIS, *“Em defesa (...)”*, op. cit., p. 71-73.

⁶⁵⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 794. Relator Cons. Pedro Machete. Diário Oficial. Lisboa, 21 de novembro de 2013.

⁶⁵¹ Idem. Tribunal Constitucional. Acórdão 413. Relator Cons. Carlos Fernandes Cadilha. Diário Oficial. Lisboa, 30 de maio de 2014.

⁶⁵² Idem. Tribunal Constitucional. Acórdão 572. Relator Cons. Lino Rodrigues Ribeiro. Diário Oficial. Lisboa, 30 de julho de 2014.

somente verificar se a opção feita pelo legislador afeta direitos constitucionais e se tal afetação é inconstitucional⁶⁵³.

Neste sentido, é de se alertar sobre a necessidade de meticulosa fundamentação, como defendido pelo Conselheiro Pedro Machete em sua declaração de voto junto ao Acórdão 187/2013⁶⁵⁴, quando se pretender a invalidação das opções adotadas pelo poder político.

Essa necessidade de fundamentação deve ser fruto de um discurso jurídico racional, coerente e sólido⁶⁵⁵. Ela advém do próprio drama da crise financeira que, em parte, “*desenrola-se (...) nas salas dos tribunais*”⁶⁵⁶, mas que não envolve somente os Conselheiros colocados na posição em que exercer sua função de Guardiões da Constituição pode implicar em obstáculo à recuperação econômica do país.

Em verdade, este drama deságua na própria sociedade que acompanha as decisões do Tribunal para programar seus planos de vida baseados na existência ou não de fundos.⁶⁵⁷ A crise financeira testa o compromisso dos juízes enquanto garantidores do Estado de Direito e dos direitos fundamentais.⁶⁵⁸

Neste contexto, a proporcionalidade se apresenta como importante instrumento a ser empregado pelos juízes constitucionais. Em tempos de crise, em que direitos são sopesados, é imperioso lembrar que a própria crise pende na balança.⁶⁵⁹ Direitos sociais não são absolutos, mas também a crise financeira ou econômica não é uma norma ou razão absoluta que sempre deva superá-los.⁶⁶⁰

À Corte Constitucional, ainda que não possuidora da mesma liberdade de escolha de objetivos e meios que detém os membros eleitos dos Poderes Executivo e Legislativo,

⁶⁵³ JORGE REIS NOVAIS. “*Em defesa (...)*” *op. cit.*, p. 93/94.

⁶⁵⁴ Extraído do voto do Conselheiro PEDRO MACHETE proferido no Acórdão 187/2013: “Decidindo no sentido da inconstitucionalidade de alguma das medidas em causa, impõe-se ao Tribunal um acrescido ónus de fundamentação em que os parâmetros da avaliação e a ponderação dos pressupostos e das consequências da sua decisão sejam devidamente explicitados. O mesmo ónus é ainda agravado pela posição assumida pelos órgãos do poder político – Governo e Assembleia da República – no quadro de compromissos relevantes do ponto de vista do direito internacional e do Direito da União Europeia”.

⁶⁵⁵ MARIA BENEDITA URBANO. “*A jurisprudência (...)*” *op. cit.*, p. 45/46.

⁶⁵⁶ XENOPHON CONTIADES. “*How Constitutions Reacted to the financial Crisis*”. In: *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*. Editor: Xenophon Contiades: Farnham (UK). 2013, p. 31.

⁶⁵⁷ MARIA BENEDITA URBANO. “*A jurisprudência (...)*” *op. cit.*, p. 46.

⁶⁵⁸ XENOPHON CONTIADES. “*Introduction: The Global Financial Crisis and the Constitution*”. In: *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*. Editor: Xenophon Contiades: Farnham (UK). 2013, p. 10.

⁶⁵⁹ JORGE SILVA SAMPAIO. “*A comment on Maribel Gonzáles Pascual’s paper ‘Constitutional Courts before Euro-crisis Law in Portugal and Spain; a comparative prospect’*”. In: E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público, nº1, vol. 4, maio de 2017, p. 139.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 144.

resta a responsabilidade de se opor a medidas desproporcionais, irrazoáveis ou que imponham injusto sacrifício a direitos fundamentais e, especificamente, sociais. Cabe à Corte Constitucional, através de sua função judicante, exortar os representantes do povo a melhores decisões.⁶⁶¹

⁶⁶¹ ANDREA MORRONE. “*Constitutional courts (...)*” *op. cit.*, p. 100. Contra ver LUÍS PEREIRA COUTINHO. “*Comment on Andrea Morrone-s ‘Constitutional Courts and Economic Crisis’*”. In: E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público, nº1, vol. 4, maio de 2017, p. 103-109.

2 – O CASO BRASILEIRO

2.1 – HISTÓRICO DA CRISE

“Sempre estivemos em crise”. Esta frase, dita pelo ministro do STF Marco Aurélio de Mello durante uma das sessões de julgamento do RE 565.089⁶⁶², ilustra bem o contexto histórico brasileiro. Quando não esteve o Brasil submetido a uma crise política, econômica, social ou mesmo constitucional? A República nasce no Brasil com a Constituição de 1891 e a expulsão, dois anos antes, da família Imperial brasileira. De lá para cá foram 5 Constituições (1891, 1934, 1937, 1946 e 1967), sendo a de 1988 a 6ª Constituição e Jair Bolsonaro o 38º Presidente, apenas o 5º eleito democraticamente desde o final da ditadura militar.

A redemocratização teve como fatos relevante a campanha pelas “Diretas Já”⁶⁶³ que em 1983 buscava romper com a *abertura controlada*⁶⁶⁴ promovida pelos militares e estabelecer o voto popular e direto na sucessão do Presidente General Figueiredo; a morte do primeiro presidente civil, Tancredo Neves⁶⁶⁵, eleito pelo voto indireto; e governo de seu vice, José Sarney, durante o qual foi instalada a Assembleia Constituinte.⁶⁶⁶

Em 1988 foi promulgada a Nova Constituição e concretizada a redemocratização. No entanto, a Nova República que se instalava possuía grandes desafios. A crise econômica, a hiperinflação, o desemprego e a desigualdade social, legados dos governos militares, demandariam dos novos presidentes civis grandes esforços no combate. De fato, “entre 1980 a 1993 o Brasil teve quatro tipos de moeda, cinco congelamentos de preços, nove planos de estabilização econômica e onze índices diferentes para medir a inflação”.⁶⁶⁷

⁶⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 565.089/SP. Relator Min. Marco Aurélio. Em julgamento. Cit. por ANDRÉA MAGALHÃES. *Jurisprudência da crise: (...)* op. cit., p. 121.

⁶⁶³ LILIA MORITZ SCHWARCZ; HELOISA MURGEL STARLING. *Brasil: uma biografia*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 482-484 relatam o grande apelo e mobilização que a campanha pelas “Diretas Já” gerou entre a sociedade brasileira que, naquela época, buscava romper com as regras de sucessão estabelecidas durante os governos militares e assumir as rédeas de seu destino. Contudo, expõem as historiadoras: “A Emenda Dante de Oliveira foi votada na madrugada de 26 de abril de 1984, num pesado clima de apreensão. Brasília e dez cidades em Goiás estavam sob as Medidas de Emergência decretadas pelo general Figueiredo: a capital da República, sitiada, o Eixo Monumental, ocupado por 6 mil soldados do Exército, e o Congresso Nacional, cercado pelas tropas do Comando Militar do Planalto”. A aprovação da Emenda exigia uma maioria qualificada de dois terços que não foi alcançada por apenas 22 votos.

⁶⁶⁴ Ibid, p. 478 ss.

⁶⁶⁵ Ibid, p. 484-487.

⁶⁶⁶ Ibid, p. 487-489.

⁶⁶⁷ Ibid, p. 496.

Itamar Franco herda, após o *impeachment* de Fernando Collor, primeiro presidente eleito pelo voto direto após a redemocratização⁶⁶⁸, a Presidência de um país em ruínas. Produto Interno Bruto (PIB) em queda, desemprego em 15% só na cidade de São Paulo e inflação acima de 20% ao mês. O Plano Real, encomendado ao então Ministro da Fazenda Fernando Henrique Cardoso, seria aquele que finalmente domaria o “dragão da inflação” estabilizando a moeda e permitindo que os brasileiros da nova República voltassem a planejar seu futuro em uma sociedade democrática.⁶⁶⁹

Fernando Henrique Cardoso, elevado pela vitória sobre a inflação, sagrou-se vencedor das eleições de 1994, sendo em 1998 reeleito para um segundo mandato. Em seus oito anos de gestão, FHC buscou fundar as bases para o retorno do crescimento econômico ao país, investiu em carreiras estratégicas do setor público e implementou o primeiro programa de distribuição direta de renda, o “Bolsa Escola”. Também instituiu programas no campo social como o “Bolsa Alimentação” e “Peti” para erradicação do trabalho infantil, além de projetos capitaneados pela primeira dama, Ruth Cardoso, voltados para a população carente como o “Comunidade Solidária”, “Capacitação Solidária” e “Alfabetização Solidária”.⁶⁷⁰

Luís Inácio Lula da Silva é eleito em 2002 por uma população esperançosa. Líder de esquerda, operário e sindical, à frente de um partido que ajudara a criar (PT), Lula promoveria em seus dois mandatos o combate à miséria, a redução da pobreza e da desigualdade, bem como a ampliação da inclusão social. O aumento do salário mínimo, a formalização do emprego e programas sociais solidificados através do Bolsa Família,⁶⁷¹ significaram a retirada de milhões de brasileiros da miséria⁶⁷² - com a ressalva de que *pobreza e classe média*, no Brasil, têm um significado completamente diferente daquele de

⁶⁶⁸ LILIA MORITZ SCHWARCZ; HELOISA MURGEL STARLING. “Brasil: uma (...)” *op. cit.*, 491-493.

⁶⁶⁹ *Ibid*, p. 496-497.

⁶⁷⁰ *Ibid*, p. 503.

⁶⁷¹ *Ibid*, 503; LAURA CARVALHO. “Valsa brasileira: do boom ao caos econômico”. São Paulo: Todavia, 1ª ed., 2018, p. 10.

⁶⁷² LAURA CARVALHO (“Valsa brasileira: do (...)” *op. cit.*, p. 20 e 50) aponta a redução da desigualdade como uma vitória do Governo Lula, mas pondera que esta foi menor do que se pensava. É que, combinando dados tributários e pesquisas amostrais, estudo demonstraria que o aumento da renda dos mais pobres não foi acompanhado por uma diminuição da renda “apropriada pelo 1% mais rico no Brasil”. Na verdade, “[...] ainda que os salários tenham ficado menos concentrados nos anos 2000 [...] a renda do capital cresceu ainda mais e se manteve altamente concentrada na mão dos mais ricos”. Na mesma linha MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE, “Como matar (...)” *op. cit.*, p. 211-213.

um país rico europeu⁶⁷³ – e a retomada do crescimento econômico. Era o “*Milagrinho*” brasileiro.⁶⁷⁴

O governo de Lula seria também marcado por denúncias de corrupção. Durante o seu primeiro mandato eclodiram notícias de um pagamento mensal a deputados de diversos partidos políticos em troca de votos favoráveis à agenda do Governo. O “Mensalão”, como ficou conhecido, envolveu alguns dos principais quadros do Partido dos Trabalhadores, alguns muito próximos de Lula, e culminaria na prisão de membros da elite política e econômica do país.⁶⁷⁵ Os acusados, réus da Ação Penal 470⁶⁷⁶, foram condenados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, após 4 meses de intensos debates transmitidos ao vivo para toda a sociedade brasileira.⁶⁷⁷

Lula, contudo, sobreviveu ao Mensalão e se reelegeu em 2006. Doze anos depois, em 2018, seria preso e condenado por corrupção em um desdobramento da Lava-Jato, mas até lá muita coisa ainda aconteceria. Em 2007 o Brasil foi anunciado país-sede da Copa do Mundo FIFA de 2014⁶⁷⁸, em 2009 a cidade do Rio de Janeiro foi eleita anfitriã das Olimpíadas de Verão de 2016.⁶⁷⁹ Lula, reconhecido por Barack Obama, como “*o político mais popular da Terra*”,⁶⁸⁰ conseguiria em 2010, após um crescimento de 7,5% da economia nacional,⁶⁸¹ eleger Dilma Rousseff sua sucessora ao Palácio do Planalto. O Brasil

⁶⁷³ LAURA CARVALHO explica que a classe média brasileira tem um padrão de vida muito inferior à classe média de países ricos: “Os dados de Morgan mostram que enquanto o 1% mais rico no Brasil possui rendimento maior do que o 1% na França, por exemplo, a renda média dos 90% mais pobres no Brasil equivale à dos 20% mais pobres na França. Em termos comparados, a nossa classe média é, na verdade, pobre” (“*Valsa brasileira: do (...)*” *op. cit.*, p. 51).

⁶⁷⁴ LAURA CARVALHO destaca que durante aquele que o economista Edmar Bacha denominou *Milagrinho brasileiro*, a economia: “saltou de uma taxa anual de crescimento média de 2,1% nos anos 1980 e 1990 para 3,7% na década de 2000”. (“*Valsa brasileira: do (...)*” *op. cit.*, 13). MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE verifica que o crescimento econômico do Brasil durante os anos de 2003 a 2010 foi impulsionado por um “*maná dos céus*”. Neste período: “[...] a razão entre o preço das nossas exportações e o custo do que importamos – subiram de forma extraordinária. O aparente enriquecimento do país, aliado ao dinamismo do mercado interno, galvanizado pelas políticas de inclusão social, tornaram-nos extremamente atraentes para os investidores externos. Um montante inédito de recursos entrou no país, aumentando as reservas internacionais e valorizando o real [...]” (“*Como matar (...)*” *op. cit.*, p. 116).

⁶⁷⁵ LILIA MORITZ SCHWARCZ; HELOISA MURGEL STARLING. “*Brasil: uma (...)*” *op. cit.*, p. 504-505.

⁶⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na AP 470. Relator Min. Joaquim Barbosa. DJU, Brasília, 17 de dezembro de 2012.

⁶⁷⁷ LILIA MORITZ SCHWARCZ; HELOISA MURGEL STARLING. “*Brasil: uma (...)*” *op. cit.*, p. 505.

⁶⁷⁸ THOMAS PAPPON. “*Fifa confirma Brasil como sede da Copa do Mundo de 2014*”. BBC Brasil. 30 de outubro de 2007.

⁶⁷⁹ MARIA LUISA CAVALCANTI. “*Rio bate Madri e será sede da Olimpíada de 2016*”. BBC Brasil. 02 de outubro de 2009.

⁶⁸⁰ BBC BRASIL. “*Obama diz que Lula ‘é o político mais popular da Terra’*”. 02 de abril de 2009.

⁶⁸¹ LAURA CARVALHO, “*Valsa brasileira: do (...)*” *op. cit.*, p. 56-57; MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE, “*Como matar (...)*” *op. cit.*, p. 19.

decolava.⁶⁸² Viveríamos enfim um período de estabilidade e de bonança financeira? Estariam as crises no passado?

Dilma Rousseff chega ao poder em 2011 e em seu discurso de posse promete dar continuidade às políticas de inclusão social e ao crescimento econômico. “*País rico é país sem pobreza*”, dizia a presidente.⁶⁸³ Infelizmente o futuro que se desenhava era outro. Durante o seu governo o superávit da balança comercial, cultivado por duas décadas, seria convertido em déficit. A taxa de investimento desabaria, engolfada pelo escândalo de corrupção na Petrobrás (Operação Lava Jato) a envolver as principais empreiteiras do país.⁶⁸⁴

Monica Baumgarten de Bolle aponta que, ao invés de combater questões estruturais que impedem o crescimento do Brasil (melhora da infraestrutura, qualificação da mão-de-obra e educação) enquanto mantinha o vitorioso tripé macroeconômico (câmbio flutuante, metas de inflação e responsabilidade fiscal) adotado por FHC e Lula, quando se verificou queda da inflação e a elevação do crescimento, o governo Dilma optou por uma operação de desmonte⁶⁸⁵ que resultou na queda do PIB, da renda da população, na elevação da inflação, do desemprego e no retorno de milhões à pobreza.

O primeiro mandato de Dilma foi marcado pelas jornadas de junho de 2013. Este movimento teve como estopim o aumento da passagem de ônibus na cidade de São Paulo, mas logo milhões iriam às ruas de todo o país com as mais variadas reivindicações. Em comum exigia-se melhores condições de vida, de serviços públicos e privados.⁶⁸⁶ O ano de 2014 veio com o fracasso da seleção brasileira de futebol na Copa do Mundo Fifa de 2014. Em outubro, uma eleição extremamente polarizada levou Dilma Rousseff a um segundo mandato por uma diferença de apenas 3 milhões de votos.⁶⁸⁷

O segundo mandato de Dilma não começou bem. Reflexo de um país dividido e de resultados insatisfatórios na economia, 2015 veio com novas manifestações, desta vez focadas na presidente recém reeleita.⁶⁸⁸ Naquele ano, a derrota perante a Alemanha no ano anterior (7x1) pareceria pequena ante os resultados sociais e econômicos: queda de

⁶⁸² THE ECONOMIST. “*Brazil takes off*”. 12 de novembro de 2009.

⁶⁸³ MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE, “*Como matar (...)*” *op. cit.*, p. 20-21.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 21.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 59.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 174-175; LAURA CARVALHO, “*Valsa brasileira: do (...)*” *op. cit.*, p. 51

⁶⁸⁷ MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE, “*Como matar (...)*” *op. cit.*, p. 198.

⁶⁸⁸ BERNARDO MELLO FRANCO. “*Mil dias de tormenta: a crise que derrubou Dilma e deixou Temer por um fio*”. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018, p. 7-11.

3,8% no PIB, inflação a 11%, 11 milhões de desempregados, queda de 5% da renda, 2,7 milhões de volta à miséria e quase 3,6 milhões à pobreza.⁶⁸⁹ Em dezembro a Câmara dos Deputados acata pedido de *impeachment* de Dilma Rousseff que a acusa o cometimento de crimes de responsabilidade relacionados à Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e à Lei Orçamentária Anual (LOA).⁶⁹⁰ Em maio de 2016 a presidente é afastada e Michel Temer assume interinamente o cargo. Em agosto de 2016 é condenada pelo Senado Federal. Michel Temer, seu vice, assume definitivamente o cargo.

Michel Temer chega ao Palácio do Planalto prometendo mudanças, austeridade, sacrifícios.⁶⁹¹ Em seu governo é aprovada a Emenda Constitucional nº 95⁶⁹² que limita os gastos do Governo Federal por 20 anos. É aprovada uma ampla reforma das leis trabalhistas.⁶⁹³ Promete-se a aprovação de uma Reforma da Previdência, mas esta fica apenas na promessa, uma vez que o Presidente Temer enfrenta não apenas uma, mas duas denúncias de corrupção durante o seu mandato das quais apenas se salva a grande custo político.⁶⁹⁴

O seu governo termina em 2018 com a eleição do deputado federal Jair Bolsonaro para a Presidência da República e a promessa de uma agenda liberal e ortodoxa na economia enquanto conservadora nos costumes. O desemprego atinge 13,4 milhões de brasileiros.⁶⁹⁵ A economia cresce 1,1%.⁶⁹⁶ A inflação chega a 3,75%.⁶⁹⁷ E o déficit nas contas públicas ultrapassa R\$120 bilhões.⁶⁹⁸ A crise instaurada e os direitos sociais pendem na balança.

O ministro Celso de Mello disse em 2001, durante julgamento do RE 273.834/RS, as seguintes palavras: *“A falta de previsão orçamentária não deve preocupar o juiz [...] mas apenas o administrador [...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde [...]*

⁶⁸⁹ Ver estatísticas do BANCO MUNDIAL em <https://data.worldbank.org/country/brazil>; Também ANDRÉ SINGER. *“O Lulismo em crise: Um quebra cabeça do período Dilma (2011-2016).”* 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 12-13; MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE, *“Como matar (...)”* op. cit., p. 233.

⁶⁹⁰ Ibid, p. 229-230.

⁶⁹¹ BERNARDO MELLO FRANCO. *“Mil dias de tormenta: a (...)”* op. cit., p. 141, 201

⁶⁹² BRASIL. Emenda Constitucional nº 95 de 15 de dezembro de 2016

⁶⁹³ BRASIL. Lei 13.467 de 13 de julho de 2017.

⁶⁹⁴ BERNARDO MELLO FRANCO. *“Mil dias de tormenta: a (...)”* op. cit., p. 334-3457 e 376-404.

⁶⁹⁵ DARLAN ALVARENGA; DANIEL SILVEIRA. *“Desemprego sobe para 12,7% em março e atinge 13,4 milhões de brasileiros”*. In: G1 Economia. 30 de abril de 2019.

⁶⁹⁶ NIELMAR OLIVEIRA. *“PIB fecha 2018 com crescimento de 1,1%, mostra IBGE”*. In: Agência Brasil. 28 de fevereiro de 2019.

⁶⁹⁷ DARLAN ALVARENGA; DANIEL SILVEIRA. *“Inflação oficial fecha 2018 em 3,75%”*. In: G1 Economia. 11 de janeiro de 2019.

⁶⁹⁸ ALEXANDRO MARTELLO. *“No 5º ano seguido de rombo, contas do governo têm déficit de R\$120 bilhões em 2018”*. In: G1 Economia. 29 de janeiro de 2019.

ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, [...] razões de ordem ética-jurídica impõe ao julgador uma só e possível opção".⁶⁹⁹ O ministro Marco Aurélio de Mello, em pronunciamento durante o julgamento do RE 565.089/SP afirmou que: *"O Supremo não é o Ministério da Fazenda ou o Banco Central do Brasil. Não compete ao Tribunal fazer contas quando está em jogo o Direito, mais ainda quando se trata do direito constitucional"*.⁷⁰⁰

Diante da crise que se instalou no Brasil, da agenda política que se buscou nos últimos anos e se busca a partir de 2018, questiona-se: como o Supremo se porta e se portará?

2.2 – A JURISPRUDÊNCIA DO STF EM TEMPOS DE CRISE

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal durante a crise econômica e política que se instaurou no Brasil a partir do primeiro mandato da presidente Dilma Rousseff ainda está sendo produzida. Não obstante, seus efeitos já podem ser percebidos no trâmite processual, em acórdãos e decisões monocráticas de processos julgados, ou não, pelo STF durante o período compreendido entre os anos de 2011 a 2018.

Diferentemente de Portugal, no Brasil a jurisprudência constitucional não adota um discurso que abertamente aborde o contexto de crise como determinante para a adoção de sacrifícios, ainda que, temporários. A influência da crise na jurisprudência constitucional brasileira dá-se de uma forma mais sutil e indireta. Assim, pensamos não ser possível falar em uma "jurisprudência *da* crise", mas em uma "jurisprudência *na* crise" ou "jurisprudência *em tempos* de crise".

Como se verá a seguir, a crise econômica tem influenciado⁷⁰¹ as decisões dos ministros do STF que, por vezes, adotam uma postura *salomônica*, modulando os efeitos de suas decisões, concedendo prazo ao Legislativo ou mesmo liminares que, a despeito de não resolverem o mérito da questão, prolongam-se no tempo enquanto se busca uma

⁶⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 273.834/RS. Relator Min. Celso de Mello. DJU, Brasília, 02 de fevereiro de 2001.

⁷⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 565.089/SP. Relator Min. Marco Aurélio. Em julgamento. Julgamento iniciado em 09 de junho de 2011 pautado para retomada no dia 13 de junho de 2019. Cit. por ANDRÉA MAGALHÃES. *"Jurisprudência da crise: (...)"* op. cit., p. 23.

⁷⁰¹ A divisão que a seguir se sugere tem inspiração na classificação realizada pela autora ANDRÉA MAGALHÃES em *"Jurisprudência da crise: (...)"* op. cit. Nesta dissertação, porém, adotamos termos diferentes àqueles propostos pela jurista por entendê-los mais adequados aos casos analisados e à discussão travada no presente trabalho.

decisão conciliatória. Outras vezes, decisões são prolatadas sem que se admita a influência da crise sobre os magistrados. Em uma atitude estrategicamente *críptica* há uma reinterpretação do núcleo essencial de direitos e de teses jurídicas para que se adequem ao novo contexto fático existente. Por último está uma justiça *passiva* que, através do controle sobre a pauta de julgamentos, pedidos de vista ou mesmo por meio de uma atitude de deferência ante o legislador, escolhe o melhor momento para proferir suas decisões.

2.2.1 – JUSTIÇA SALOMÔNICA

O modelo de justiça salomônica que aqui se propõe em análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro tem sua origem na história bíblica do rei Salomão⁷⁰². Conta-se que o rei, abençoado por Deus com o dom da sabedoria, teria resolvido a disputa de duas mulheres que vieram à sua presença dizendo-se mães do mesmo bebê. Salomão, não possuindo meios que lhe ajudassem a resolver a disputa, determinou que se partisse a criança em duas para, então, entregar uma parte a cada uma das mulheres. A conclusão da história, contudo, não foi trágica. É que uma das mulheres demonstrou verdadeiro amor maternal ao preferir ver seu filho com outra, mas vivo. A esta mulher Salomão entregou a criança sã e salva e todo o seu povo se alegrou por ter um rei tão virtuoso.

Esta história, bastante conhecida, parece inspirar a atuação dos juízes do STF. Com efeito, em tempos de crise, a Corte vem a se deparar com dificuldades técnicas e estruturais na solução de conflitos que podem tornar ineficaz a decisão judicial, mormente quando em causa questões econômicas ou a inércia de outros entes estatais.⁷⁰³ Nestes casos, os magistrados podem decidir por “dividir o bebê” e adotar uma postura de diálogo com os outros Poderes; seja modulando os efeitos de suas decisões, seja concedendo prazo para a atuação legislativa ou mesmo adotando uma postura de conciliação.⁷⁰⁴

Andréa Magalhães observa que, em tempos de crise, é comum que questões de grande complexidade técnica e altamente custosas sob um ponto de vista

⁷⁰² 1Rs 3: 16-28 em BÍBLIA. A. T. 1Reis. Português. “*O primeiro livro de Reis*”. Tradução da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Paulus Editora, 2001.

⁷⁰³ ANDRÉA MAGALHÃES. “*Jurisprudência da crise: (...)*” *op. cit.*, p. 48-49.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 48-73.

macroeconômico, sejam impugnadas judicialmente. É o que ocorre com demandas que envolvem questões previdenciárias, tributárias ou financeiras, em que os argumentos dispendidos não são meramente jurídicos, mas econômicos. Ademais, o risco de erro nestes casos, assim como naqueles que envolvem demandas coletivas, é potencializado pela gravidade da crise e demandam superior cautela do julgador.⁷⁰⁵ Este parece ter sido o caso do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 567.985/MT e das decisões monocráticas proferidas na Ação Originária nº 1.773/DF.

2.2.1.1 – Incentivo ao legislador: Acórdão no RE 567.985/MT

Neste trabalho, muitas vezes se falou sobre a legitimidade do Judiciário em se opor a decisões políticas tomadas pelos outros dois Poderes. Esta questão, que entendemos já superada, é abordada por Susan Rose-Ackerman em estudo em que propõe uma visão progressista sobre o direito econômico e administrativo.

Rose-Ackerman defende que juízes constitucionais, diante de políticas públicas editadas pelo Legislativo ou pelo Executivo, devem ir além da simples declaração de inconstitucionalidade, mas verificar se a norma impugnada é um meio hábil para o alcance e efetivação dos objetivos colocados como fundamentadores de sua edição. O Judiciário deveria verificar se o poder político se desincumbiu de seu ônus argumentativo e se o processo legislativo deu azo a uma responsável análise dos custos e benefícios do ato editado.⁷⁰⁶ Assim, propõe a autora que a Corte constitucional devolva estas perguntas ao legislador incentivando-o a fornecer respostas consistentes⁷⁰⁷, especialmente em tempos de crise em que estão em causa direitos sociais como o direito à previdência social.

Interessante exemplo deste tipo de atuação de uma Corte Constitucional pode ser encontrado no Recurso Extraordinário 567.985/MT de relatoria do Ministro Marco Aurélio, cujo julgamento foi iniciado no dia 06 de junho de 2012 e finalizado, quase um ano depois, no dia 18 de abril de 2013.⁷⁰⁸

⁷⁰⁵ ANDRÉA MAGALHÃES. *“Jurisprudência da crise: (...)”* op. cit., p. 54.

⁷⁰⁶ SUSAN ROSE-ACKERMAN. *“Progressive Law and Economics. And the New Administrative Law”*. The Yale Law Journal. Vol. 98, nº 2. 1988, p. 367.

⁷⁰⁷ Ibid, p. 367.

⁷⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE 567.985/MT. Relator Min. Marco Aurélio. DJU, Brasília, 18 de abril de 2013.

Estava em causa decisão de tribunal recursal do estado do Mato Grosso que reconheceu ao recorrido o direito à percepção de benefício assistencial de prestação continuada, ainda que não se enquadrasse no requisito de renda mínima estabelecido pelo art. 20, §3º da Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS)⁷⁰⁹, qual seja de um quarto do salário mínimo. A decisão recorrida reconheceu a situação de miserabilidade através de estudo socioeconômico consignando não ser absoluto o critério renda, legalmente estabelecido, que deveria ser adequado às peculiaridades do caso concreto.

Em recurso extraordinário, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) questionava a adoção de parâmetro diverso àquele estabelecido na Lei especial, bem como violação a dispositivos constitucionais. Sustentava, com base em jurisprudência anterior do STF, não caber ao juiz alargar o âmbito de incidência da Lei 8.742/1993 para abarcar situações de miserabilidade aferidas por outros meios.

O Ministro Marco Aurélio, relator do recurso, reconhecendo o dever estatal, constitucionalmente assegurado, de prover assistência aos desamparados, concluiu que a regra do art. 20, §3º da LOAS não concretizava este direito social nem os princípios da dignidade humana, solidariedade social ou da erradicação da pobreza,⁷¹⁰ sendo este último, importante destacar, um dos objetivos fundamentais da República brasileira, conforme art. 3º da Constituição. Assim, consignou que a regra geral fixada pelo legislador deveria ser respeitada, mas não absolutamente. É que, diante de situações excepcionais em que restasse comprovada a situação de miserabilidade poderia o intérprete considerar que a aplicação da regra geral levaria à inconstitucionalidade e à frustração da concretização de princípios constitucionais. Nestes casos, estaria o magistrado autorizado a *“superar a norma legal sem declará-la inconstitucional, tornando prevalecentes os ditames constitucionais”*.⁷¹¹

O Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhando a divergência iniciada pelo Ministro Teori Zavascki alertou para o perigo e inconstitucionalidade da criação, majoração ou extensão de um benefício de seguridade social sem a correspondente fonte de custeio total, mormente em tempos de crise em que os recursos são mais limitados e direitos sociais, como à previdência social, são os primeiros a serem sacrificados.⁷¹² Ora,

⁷⁰⁹ Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993.

⁷¹⁰ Voto do Ministro MARCO AURÉLIO proferido no RE 567.985.

⁷¹¹ Voto do Ministro MARCO AURÉLIO proferido no RE 567.985.

⁷¹² Voto do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI proferido no RE 567.985.

naquele ano de 2013 o Brasil já começava a sentir os efeitos da crise econômica mundial que se refletia na desaceleração econômica verificada nos dois anos anteriores.⁷¹³ Neste cenário, alertava o ministro, manter a decisão recorrida sinalizaria um mal caminho a ser seguido por juízes do Brasil inteiro que poderia agravar a crise já existente e colocar o Brasil rumo à falência financeira.⁷¹⁴

Não obstante, a maioria dos ministros da Corte suprema acompanharam as considerações feitas pelo relator. Alguns, como o ministro Gilmar Mendes⁷¹⁵, foram até adiante para defenderem a ocorrência de um *processo de inconstitucionalização* da norma impugnada em virtude da mudança do contexto fático em que ela foi editada. O critério de aferição da miserabilidade (estabelecido em $\frac{1}{4}$ de um salário mínimo) havia se tornado inconstitucional devido à edição de novos benefícios assistenciais deferidos a pessoas cuja renda era superior a este patamar. Havia ainda incongruências verificadas quando da aplicação simultânea da LOAS e do Estatuto do Idoso⁷¹⁶ que levavam a inconstitucional quebra de isonomia.

O ministro propôs então, divergindo do relator, a declaração de inconstitucionalidade, mas sem pronúncia de nulidade, fixando um prazo para a ação do legislador. Ou seja, ao invés da proposta do ministro Marco Aurélio, que colocava a questão sob o arbítrio do juiz, o ministro Gilmar Mendes⁷¹⁷ propunha uma decisão salomônica que, ao mesmo tempo que declarava a inconstitucionalidade, devolvia a discussão da política pública para o poder político.

O voto do ministro Gilmar Mendes foi acompanhado pelos ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello que fixavam um prazo de 2 anos para a posterior validade da norma declarada inconstitucional. Não obstante, não tendo sido alcançado o necessário quórum de 2/3 para modulação de efeitos, a proposta foi rejeitada. Ao final foi negado provimento ao recurso extraordinário e declarada a inconstitucionalidade do art. 3º, do art. 20 da Lei 8.742/93.⁷¹⁸

A solução que incentiva a atuação do legislador pode ser interessante porque reparte com o poder político os custos da decisão. Todavia, neste caso haviam

⁷¹³ Taxa de crescimento da economia brasileira segundo a economista MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE: Em 2010, 7,5%; em 2011, 3,9% e, em 2012, 1,9%. (*“Como matar (...)” op. cit, passim*)

⁷¹⁴ Voto do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI proferido no RE 567.985.

⁷¹⁵ Voto do Ministro GILMAR MENDES proferido no RE 567.985.

⁷¹⁶ BRASIL. Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003.

⁷¹⁷ Voto do Ministro GILMAR MENDES proferido no RE 567.985.

⁷¹⁸ Acórdão no RE 567.985.

desvantagens jurídicas e políticas. Primeiramente, quanto ao aspecto jurídico, manter a aplicação de uma norma inconstitucional significaria postergar a solução de situações fáticas que continuariam a ser regidas por uma norma inconstitucional.⁷¹⁹ A desvantagem política, a seu turno, reside na imposição de um prazo para a atuação de outro Poder, no caso o Legislativo, que poderia, inclusive, quedar-se inerte e omissa quanto à exortação do Judiciário à sua atuação.⁷²⁰

Assim, entendemos que, ao menos neste caso, andou bem o STF ao não modular os efeitos de sua decisão, mas assumi-los com coragem.⁷²¹ Em outros casos a modulação de efeitos e incentivo ao legislador, como através da superproteção⁷²² de um direito social, poderá mostrar-se como a que melhor concretiza os ideais democráticos da Constituição de 1988.

2.2.1.2 – Em busca de uma solução negociada: Decisões na AO 1.773/DF

Na Ação Originária 1.773⁷²³ ajuizada por Juízes Federais em face da União pretendia-se o reconhecimento do direito ao recebimento de ajuda de custo para fins de moradia prevista no art. 65, II da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN – Lei Complementar nº 35/1979).⁷²⁴ Alegava-se que o auxílio não era pago a todos os magistrados federais que arcavam, pessoalmente, com os próprios custos de habitação.

Em 15 de setembro de 2014, o ministro Luiz Fux, em decisão monocrática⁷²⁵, argumentou que o benefício requerido pelos juízes federais se tratava de parcela indenizatória prevista em lei, sem qualquer ressalva senão a existência de residência oficial disponibilizada ao magistrado. Pontuou que o auxílio já era pago a juízes estaduais de várias unidades da Federação e a ministros de Tribunais Superiores, conforme

⁷¹⁹ Este gravame foi manifestado pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, durante os debates que tiveram lugar no julgamento do RE 567.985, que questionou: “A ofensa à dignidade humana fica suspensa durante dois anos?”

⁷²⁰ Esta preocupação foi colocada pelo Ministro MARCO AURÉLIO: “[...] não podemos fixar prazo para atuação de Poder. Podemos, sim, quando se trata de omissão de autoridade administrativa. Mas vamos estabelecer prazo para o Congresso legislar, desgastando o Supremo, como vem ocorrendo nos últimos tempos? [...] ressoando a decisão apenas como um cascudo no Congresso Nacional”.

⁷²¹ Exortação feita pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI durante o julgamento do RE 567.985.

⁷²² ANDRÉA MAGALHÃES. *Jurisprudência da crise: (...)* op. cit., p. 70.

⁷²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AO 1773/DF. Relator Min. Luiz Fux. Sem previsão de julgamento.

⁷²⁴ É a redação do art. 65, II: Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens: II – ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do Magistrado. (BRASIL. Lei Complementar nº 35 de 14 de março de 1979).

⁷²⁵ Decisão monocrática proferida no dia 15 de setembro de 2014 pelo Ministro LUIZ FUX na AO 1.773/DF.

regulamentos internos que preveem o ressarcimento de despesas com aluguel ou com hospedagem em empresa hoteleira, desde que devidamente comprovado. Consignou que o não pagamento do auxílio aos magistrados federais desrespeitava comando legal e criava uma insustentável e injusta diferenciação entre juízes brasileiros.

Assim, entendeu por deferir a antecipação de tutela para determinar o pagamento do auxílio moradia, salvo quando disponibilizada residência oficial, a todos os magistrados, ainda que proprietários de residência própria, sendo inclusive permitida a acumulação. Posteriormente, novas ações foram interpostas em conexão e associações representantes de outros setores da magistratura, inclusive aposentados, foram admitidas na condição de assistentes ou como *amicus curiae* com o objetivo de que lhes fossem estendidos os efeitos da decisão.

Citada, a União Federal apresentou contestação em que sustentava que o auxílio moradia deveria ser entendido como um benefício excepcional e transitório pago apenas a magistrados que viessem a exercer suas funções em cidade diversa daquela onde habitualmente as realizava e residia de forma permanente. Pontuava a necessidade de observância da Lei de Responsabilidade Fiscal. Assim, requeria a improcedência do pedido inicial com o conseqüente não pagamento do benefício àqueles que residem na própria comarca em que atuam, que sejam proprietários de imóvel próprio e a vedação da acumulação.

A extensão da antecipação de tutela a juízes estaduais motivou a inclusão de Estados da Federação no polo passivo da demanda com a conseqüente apresentação de recursos e contestação contra o deferimento da tutela e sustentando a improcedência dos pedidos.

Apesar de pautado para o dia 22 de março de 2018 o julgamento não se realizaria. No dia anterior o ministro Luiz Fux, relator dos processos, deferiu requerimento das partes e, ato contínuo, determinou sua retirada da pauta e remessa à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, para tentativa de solução consensual. A transação não foi possível, mas as conversas promovidas entre os chefes dos Poderes Executivo e Judiciário continuaram, inclusive para abarcar reivindicação de reajuste aos membros do STF que até aquele momento vinha sendo obstado pelo conseqüente impacto orçamentário que se previa.

No Brasil, a Constituição Federal indica em seu art. 37, XI o subsídio mensal recebido por um ministro do STF como limite remuneratório máximo do funcionalismo

público, de forma que um aumento deferido aos ministros tem como consequência um *efeito cascata* de aumento dos vencimentos de todos os servidores públicos (federais, estaduais e municipais) a este teto vinculados. A tutela deferida quatro anos antes, o não julgamento em março de 2018, a não recolocação das ações na pauta do STF e a manutenção de diálogo institucional pressionariam o Executivo a um acordo.

Entendemos que este acordo foi concretizado no dia 26 de novembro de 2018 com a promulgação da Lei 13.752⁷²⁶ que reajustou em 16,38% os subsídios pagos aos membros do Supremo Tribunal Federal. Em nova decisão monocrática,⁷²⁷ proferida no mesmo dia da publicação da Lei 13.752, o ministro Luiz Fux analisou o impacto orçamentário que o reajuste aprovado, aliado ao auxílio moradia anteriormente deferido, teria sobre o orçamento dos diferentes entes da federação, mormente em tempos de crise econômica.⁷²⁸

O ministro, conquanto mantivesse o entendimento da legalidade do auxílio, entendeu por insustentável a continuidade do pagamento do benefício indenizatório. Ademais, pontuou que o equilíbrio das contas públicas seria um importante objetivo estatal a ser prestigiado, vez que dele depende a continuidade da prestação de digno serviço público a gerações futuras. Assim, a reconsideração de tutela previamente deferida e a suspensão do pagamento de auxílio moradia aos diferentes membros de carreiras jurídicas foi considerada medida proporcional e razoável no contexto de crise econômica.⁷²⁹

Barry Friedman⁷³⁰ observa neste tipo de negociação um modelo de comportamento estratégico ao qual denomina *reação antecipada*. Sob este modelo os atores institucionais avaliam suas decisões de acordo com a possibilidade de elas serem aceitas ou rejeitadas por outros órgãos estatais. Quer dizer que o Executivo, ao se sentar em negociação orçamentária com o Judiciário, já tem o impacto orçamentário da tutela antecipada como garantido. Neste sentido, qualquer conversa ou acordo em relação a novas despesas, como a pretensão de reajuste de subsídios, deve ter em conta aquele anterior benefício deferido.

⁷²⁶ BRASIL. Lei 13.752 de 26 de novembro de 2018.

⁷²⁷ Decisão monocrática proferida no dia 26 de novembro de 2018 pelo Ministro LUIZ FUX na AO 1.773/DF.

⁷²⁸ O ano de 2014 foi o ano em que o PIB cresceu apenas 0,1% e a inflação chegou a 6,4% cfr. MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE, “*Como matar (...)*” *op. cit.*, p. 198.

⁷²⁹ Decisão monocrática proferida no dia 26 de novembro de 2018 pelo Ministro LUIZ FUX na AO 1.773/DF.

⁷³⁰ BARRY FRIEDMAN. “*The Politics of Judicial Review*”. *Texas Law Review*. Vol. 84, nº 2, 2005, p. 312.

Entendemos que, neste caso, a tutela antecipada serviu de incentivo à negociação entre os poderes estatais. O seu deferimento e manutenção por quatro anos já representava grave sacrifício das contas públicas sem prazo para acabar. Ademais, sinalizava ao Executivo e ao Legislativo um posicionamento do Judiciário a respeito de uma limitação orçamentária que se propunha. Este tipo de atuação, outras vezes empregado⁷³¹, é vantajoso na medida em que combate possível inércia de outros Poderes da República que, caso permaneçam omissos, arcarão com os custos da manutenção no tempo de decisões judiciais que criam políticas públicas.⁷³²

2.2.2 – JUSTIÇA CRÍPTICA

O segundo modelo decisório identificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em tempos de crise econômica é o da justiça críptica.⁷³³ Diz-se críptica aquela atitude que busca ocultar ou obscurecer uma ação ou pensamento. De fato, ainda que os julgamentos do STF sejam bastante transparentes, vez que televisionados, identificam-se decisões em que o contexto de crise econômica é mencionado durante os debates ou mesmo na fundamentação dos votos dos ministros, mas sem que sua influência sobre a conclusão do julgamento seja assumida.⁷³⁴ Ao revés, utiliza-se de outras estratégias argumentativas, que entendemos crípticas, para justificar decisões tomadas durante o período de crise.

Andréa Magalhães ressalta que não se trata aqui da confidência de que muitos juízes primeiro decidem para depois buscarem a fundamentação, mas de uma atuação coletiva do Tribunal, ainda que não claramente acordada.⁷³⁵ Em verdade, em decisões crípticas, percebe-se uma reinterpretação do sentido e extensão de normas legais, a reavaliação da essencialidade de bens jurídicos e a reconsideração de teses jurídicas consolidadas para que se adequem ao contexto de escassez.⁷³⁶ Este parece ter sido o caso dos acórdãos nos Recursos Extraordinários nº 693.456/RJ e nº 597.854/GO julgados, respectivamente, em 2016 e em 2017, que a seguir passaremos a analisar.

⁷³¹ ANDRÉA MAGALHÃES. *“Jurisprudência da crise: (...)”* op. cit., p. 54-63.

⁷³² LOUIS FISHER. *“Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process”*. Princeton University Press, 1988, p. No original: “If Congress fail to act, judicial policy can dictate national policy for decades”.

⁷³³ ANDRÉA MAGALHÃES. *“Jurisprudência da crise: (...)”* op. cit., p. 73.

⁷³⁴ Ibid, p. 78.

⁷³⁵ Ibid, p. 73.

⁷³⁶ Ibid, p. 78.

2.2.2.1 – Acórdão no RE 693.456/RJ

Em 02 de setembro de 2015 o STF iniciou, com o voto do Ministro Dias Toffoli, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 693.456 interposto pela Fundação de Apoio à Escola Técnica (FAETEC) contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, em julgamento de recurso, impediu o desconto nos vencimentos de servidores públicos grevistas.⁷³⁷

A FAETEC argumentava que a paralisação havia causado grave prejuízo à continuidade das atividades da rede pública de ensino. Afirmava não ser o direito de greve dos servidores públicos absoluto e que, na ausência de lei específica que o regulamente, o desconto dos dias de paralisação e a atribuição de falta seriam medidas legítimas.

O Ministro Dias Toffoli, em sua exposição, reconheceu um conflito entre o direito de greve e o princípio da supremacia do interesse público que implica na continuidade do serviço público.⁷³⁸ Este conflito havia sido anteriormente solucionado pelo STF que, diante da omissão legislativa, estendera aos servidores públicos as normas que regem o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada. No entanto, pontuou que a greve no serviço público está sujeita a limitações, como a não interrupção de serviços essenciais, ou à suspensão em relação a determinadas categorias em específicas situações.⁷³⁹

Ademais, considerou que a estabilidade, própria do serviço público, já alivia em muito os custos da greve para os paredistas que, mesmo após o seu fim, podem continuar a exercer pressão junto a seus superiores. Ora, se se reconhece um direito há que se reconhecer também o ônus de seu exercício. Assim, em aplicação analógica de legislação atinente ao serviço privado, concluiu que durante o período de paralisação há a suspensão do vínculo funcional, devendo a Administração Pública proceder ao desconto dos dias não trabalhados, sendo permitida a compensação em caso de acordo. O desconto, contudo, é incabível se for demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público.⁷⁴⁰

⁷³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE 693.456/RJ. Relator Min. Dias Toffoli. DJU, Brasília, 27 de outubro de 2016.

⁷³⁸ O direito de greve do servidor público, considerado um direito fundamental, está previsto no art. 37, VII da Constituição da República brasileira.

⁷³⁹ Voto do Ministro DIAS TOFFOLI no RE 693.456/RJ

⁷⁴⁰ Voto do Ministro DIAS TOFFOLI no RE 693.456/RJ.

O Ministro Edson Fachin,⁷⁴¹ inaugurando divergência, pontuou diferenças entre a greve no serviço privado e no setor público. Primeiramente, no âmbito privado, a greve impõe prejuízos imediatos a patrões e a empregados, de forma que estas partes antagônicas buscam ajustar seus interesses para a volta da normalidade à atividade empresária o mais rapidamente possível. Esta lógica, contudo, não se aplica ao serviço público. Em verdade, muitas vezes o Poder Público posterga, de forma estratégica, o início da negociação. Neste sentido, permitir o imediato desconto da remuneração dos servidores significaria que apenas uma das partes litigantes suportaria os prejuízos da greve, o que praticamente impossibilitaria o exercício deste direito fundamental. Assim, concluiu que o desconto da remuneração de servidores públicos que aderirem a movimento paredista depende de prévia ordem judicial que reconheça a ilegalidade da greve.⁷⁴²

A ministra Rosa Weber⁷⁴³ acompanhou a divergência para acrescentar a não possibilidade, no âmbito do setor público, da instauração de dissídio coletivo nem de que a questão seja levada à intervenção da Justiça do Trabalho. Esta particularidade da greve de servidores públicos, à qual não é reservado um *locus* para a conciliação, afasta-os dos trabalhadores do setor privado. Isto, somado às outras questões já levantadas, dificulta a negociação e a conquista de resultados pelo movimento paredista, mesmo após meses de paralisação, sobretudo em épocas de crise em que as restrições orçamentárias são mais graves.⁷⁴⁴

Em verdade, o contexto de crise dominou os debates até a conclusão do julgamento em 27 de outubro de 2016, mais de um ano após o seu início. Neste período, a crise econômica e política se agravava. O ano de 2015 fora o ano em que a economia brasileira, após a queda verificada nos anos anteriores, encolhera 3,8% e verificara inflação de 10,7%.⁷⁴⁵ O ano de 2016 não era melhor com nova retração de crescimento e a finalização do processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff.⁷⁴⁶ Greves no serviço público

⁷⁴¹ Voto do Ministro EDSON FACHIN no RE 693.456/RJ.

⁷⁴² Voto do Ministro EDSON FACHIN no RE 693.456/RJ.

⁷⁴³ Voto da Ministra ROSA WEBER no RE 693.456/RJ.

⁷⁴⁴ ANDRÉA MAGALHÃES. *“Jurisprudência da crise: (...)”* op. cit., p. 94-95.

⁷⁴⁵ MONICA BAUMGARTEN DE BOLLE, *“Como matar (...)”* op. cit., p. 200.

⁷⁴⁶ Ibid, p. 239. O Ministro GILMAR MENDES externa em sua manifestação a gravidade da crise econômica: “[...] o que nós temos hoje é uma situação de penúria dos cofres públicos. Se acontece isso no âmbito privado, as alternativas que se colocam, nós sabemos quais: ou vêm subsídios etc., [...] ou há demissões em massa. Isso não acontece no serviço público”.

se multiplicavam e se prolongavam por meses impedindo o acesso à justiça, a benefícios da assistência social e ao ensino, pesquisa e extensão em universidades públicas.⁷⁴⁷

Este cenário caótico influenciou não só os votos daqueles que determinavam o desconto imediato dos dias não trabalhados, mas também aqueles que, privilegiando o direito de greve, proferiram votos divergentes.⁷⁴⁸ Havia uma clara preocupação em não apenas impedir greves ilegais e abusivas, mas em desestimular futuros movimentos paredistas que o agravamento da crise poderia proporcionar.⁷⁴⁹ Esta inquietação foi externalizada pelo Ministro Luiz Fux que em seu voto reconheceu: *“Nós estamos num momento muito difícil, um momento em que se avizinham deflagrações de greve. Então é preciso estabelecer aqui alguns critérios para que nós não permitamos que se possa parar o Brasil”*.⁷⁵⁰

Andréa Magalhães observa neste julgamento uma revisão do direito de greve anteriormente reconhecido aos servidores públicos por meio dos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA, cuja interpretação adotada buscava concretizar previsão constitucional do art. 37, VII. Esta virada se verifica mesmo em relação ao MI 708 que, ao prever a possibilidade de desconto dos dias de greve na remuneração do servidor, impunha prévia avaliação pelo Judiciário sobre a excepcionalidade da medida.⁷⁵¹

Não obstante estas considerações, externadas nos votos dos Ministros Marco Aurélio⁷⁵² e Ricardo Lewandowski⁷⁵³ sagrou-se vencedora a tese proposta pelo relator no sentido de: *“A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de*

⁷⁴⁷ O Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO: “Esse é o ponto que estou sustentando, quer dizer, se nós temos os servidores do INSS há sessenta dias em greve, os professores das universidades federais há noventa dias em greve, os servidores da Justiça há muitas semanas em greve e os servidores do Ministério Público, é sinal que nós não temos mecanismos. Ou todo mundo passou a conspirar em nome do mal para prejudicar a população [...] ou nós não estamos tendo mecanismos institucionais de lidar com essa dificuldade”.

⁷⁴⁸ Ficaram vencidos os ministros EDSON FACHIN, ROSA WEBER, MARCO AURÉLIO e RICARDO LEWANDOWSKI.

⁷⁴⁹ ANDRÉA MAGALHÃES. *“Jurisprudência da crise: (...)” op. cit.*, p. 95.

⁷⁵⁰ Voto do Ministro LUIZ FUX no RE 693.456/RJ.

⁷⁵¹ ANDRÉA MAGALHÃES. *“Jurisprudência da crise: (...)” op. cit.*, p. 95.

⁷⁵² Em seu voto o Ministro MARCO AURÉLIO consignou: “Na condição de intérprete, jamais tive presente o enfoque segundo o qual a existência de um direito, o exercício de um direito, pode, por si só, implicar prejuízo para aquele que o implementa, no caso o trabalhador. [...] O exercício de um direito não pode implicar, de início, prejuízo, nessa área sensível, que é a do sustento próprio e da respectiva família”.

⁷⁵³ Extraí-se do voto do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI: “Tenho muita resistência em estabelecer condições unilaterais para o exercício de um direito constitucional que a própria lei, a qual deveria ter sido elaborada pelo Parlamento, ainda não estabeleceu. Eu aplico aquilo que o Supremo Tribunal Federal mandou fazer, assinalando que esta relação deve ser submetida ao Poder Judiciário, à Justiça competente”.

acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público".⁷⁵⁴

Fato é que o RE 693.456/RJ representou uma virada, ainda que não assumida, no entendimento da Corte sobre o direito de greve dos servidores públicos. Conquanto reconhecessem a fundamentalidade do direito, a ele impuseram uma série de condições para exercício. O desconto dos dias parados passou a ser um dever do gestor público no momento em que se deflagra a greve, sendo possível a compensação, com a única ressalva de movimento paredista ocasionado por conduta ilícita da Administração como o não pagamento das remunerações. A conduta críptica, portanto, está neste tratamento lateral da crise. A crise existe, mas não determina o resultado.

2.2.2.2 – Acórdão no RE 597.854/GO

No Recurso Extraordinário nº 597.854,⁷⁵⁵ cujo julgamento iniciou-se no dia 20 e terminou no dia 26 de abril de 2017, estava em causa a gratuidade de cursos de pós-graduação *lato sensu* ofertados por universidades públicas. Neste, a Universidade Federal de Goiás sustentava que a gratuidade do ensino público no Brasil, prevista no art. 206, IV da Constituição⁷⁵⁶, referia-se ao ensino básico obrigatório de finalidade distinta daquela dos cursos de pós-graduação *lato sensu*. Estes cursos, afirmava, têm como objetivo a “capacitação profissional” e, ao contrário da pós-graduação *stricto sensu*, não contam com recursos financeiros do Poder Público. Assim, sendo ofertados “na medida do possível”, a impossibilidade de cobrança de mensalidade inviabilizaria a própria oferta de ensino.⁷⁵⁷

A questão da gratuidade do ensino público não era nova no STF, afirmada e reafirmada diversas vezes ao longo dos anos⁷⁵⁸ deu origem à Súmula Vinculante nº 12⁷⁵⁹. Não obstante, o recurso extraordinário em julgamento inovava ao tratar da possibilidade

⁷⁵⁴ Tese fixada no julgamento do RE 693.456/RJ.

⁷⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE 597.854/GO. Relator Min. Edson Fachin. DJU, Brasília, 26 de abril de 2017.

⁷⁵⁶ BRASIL. Constituição de 1988: “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais”.

⁷⁵⁷ Cfr. Relatório apresentado pelo Min. EDSON FACHIN por ocasião de seu voto no RE 597.854/GO.

⁷⁵⁸ Neste sentido o paradigmático RE 500.171 de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski em que se declarou a inconstitucionalidade da cobrança de matrícula por universidade federal. Também o AI 748.944-AgR e RE 597.872, ambos de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que declaram a impossibilidade de cobrança de taxa para inscrição de processo seletivo ou para a expedição de diploma. (Cit. pelo Ministro EDSON FACHIN no julgamento do RE 597.854/GO).

⁷⁵⁹ Súmula Vinculante nº 12: “A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”. (Disponível em www.stf.jus.br)

de cobrança de mensalidade por cursos de especialização ofertados por universidades públicas. Assim, porquanto reconhecesse tentação de se ampliar o debate para pós-graduações *stricto sensu*, o Ministro Edson Fachin, declaradamente, buscou limitar a discussão ao caso *sub judice*, afinal, tratava-se de recurso cujo trâmite no STF começara em março de 2009.⁷⁶⁰

O Ministro Edson Fachin apontava existir uma diferenciação no texto constitucional entre “*ensino*”, “*pesquisa*” e “*extensão*” ainda que sua conjugação harmônica seja essencial para a educação de qualidade. De fato, havia que se perquirir se *pesquisa* e *extensão* seriam necessários à “*manutenção e desenvolvimento do ensino*”⁷⁶¹. É que, conforme entendimento do ministro, o princípio da indissociabilidade⁷⁶², que rege o tripé educacional, não obstará interpretação conforme sobre quais atividades seriam essenciais para a *manutenção e o desenvolvimento do ensino* a serem financiadas exclusivamente por recursos públicos e, por isso, obrigatoriamente gratuitas, nos termos do art. 206, IV da Constituição de 1988.

Ao final, após uma análise da legislação infraconstitucional especial e tributária, concluiu que nem todas as atividades desempenhadas pelas universidades são de ensino. O princípio da gratuidade não exclui a captação de recursos privados, sendo certo que a própria Constituição prevê esta possibilidade em relação à pesquisa e extensão⁷⁶³, vez que ao estabelecer que estas modalidades *poderão* ser financiadas por verbas públicas não exclui outras formas de provisões. A gratuidade do ensino impõe, contudo, que se destinem recursos àquelas atividades necessárias à “*manutenção e desenvolvimento do ensino*” e cursos de especialização, ao contrário de mestrados e doutorados, não estariam contidos, necessariamente, nestas atividades.⁷⁶⁴

Neste sentido, deduziu ser possível a oferta de cursos que sejam preponderantemente destinados à extensão universitária e, assim, sujeitos à instituição

⁷⁶⁰ Voto do Ministro EDSON FACHIN no RE 597.854/GO.

⁷⁶¹ Voto do Ministro EDSON FACHIN no RE 597.854/GO.

⁷⁶² BRASIL, Constituição de 1988. Art. 207: As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

⁷⁶³ Esta é a interpretação do Ministro EDSON FACHIN ao disposto no art. 213, §2º da Constituição que assim dispõe: “Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: § 2º As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público”.

⁷⁶⁴ Cf. voto do Ministro EDSON FACHIN no RE 597.854/GO.

de tarifa. Assim, postulou que a “*gratuidade do ensino não obsta a cobrança, por universidades públicas, de mensalidade em cursos de especialização*”.⁷⁶⁵

Não obstante a expressa tentativa do ministro Fachin em restringir a discussão à cobrança de mensalidades em cursos de especialização, os debates que se seguiram indicaram uma virada na interpretação da Corte acerca da gratuidade do ensino. De fato, vários ministros se posicionaram a favor da cobrança de taxas em todas as pós-graduações, *lato e stricto sensu*,⁷⁶⁶ reservando a gratuidade somente à graduação e a pessoas comprovadamente carentes.⁷⁶⁷

Se anos antes a Corte havia editado a Súmula Vinculante nº12⁷⁶⁸ para impedir a cobrança de taxa de matrícula por Universidades Públicas, a nova interpretação da garantia de “*gratuidade do ensino*” que se extrai dos debates e dos votos da maioria que se formou durante o julgamento do RE 597.854/GO representou uma grande virada jurisprudencial a indicar inclusive a possibilidade de, futuramente, mais ainda se restringir a gratuidade do ensino superior para permitir a cobrança de mensalidade também em mestrados e doutorados.

Com efeito, esta possibilidade foi colocada como uma forma de autossustentação, uma resposta à profunda crise pela qual passavam (ainda passam) as universidades brasileiras que, como relatado pelo ministro Luiz Fux, estariam em “*petição de miséria*”.⁷⁶⁹ Em suas manifestações os ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso destacaram a infraestrutura antiga e decadente, os professores sem remuneração⁷⁷⁰ e as greves⁷⁷¹ recorrentes como exemplos das dificuldades enfrentadas pelas instituições que, ainda assim, cumprem seu papel de ser um espaço para o ensino, para a produção acadêmica e

⁷⁶⁵ Voto do Ministro EDSON FACHIN no RE 597.854/GO.

⁷⁶⁶ Este é o posicionamento extraído das manifestações dos ministros GILMAR MENDES, LUIZ FUX, ALEXANDRE DE MORAES e DIAS TOFFOLI.

⁷⁶⁷ Voto do Ministro GILMAR MENDES no RE 597.854/GO.

⁷⁶⁸ O Ministro GILMAR MENDES chega a aventar a possibilidade de revogação da Súmula Vinculante nº 12 para permitir a cobrança de taxa de matrícula antes declarada inconstitucional.

⁷⁶⁹ Ministro LUIZ FUX no RE 597.854. Também neste sentido relato do Ministro GILMAR MENDES: “[...] estive participando de uma banca de doutorado da UERJ, no Rio de Janeiro, e o quadro é quase, digamos assim, de depressão. [...] O quadro de miséria geral, de abandono, lixo por toda a universidade...”

⁷⁷⁰ Manifestação do Ministro LUIZ FUX no RE 597.854.

⁷⁷¹ A questão das greves no ensino público superior já havia sido objeto de considerações quando do julgamento do RE 693.456/RJ, mas foi renovada pelo Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO em seu voto no RE 597.854: “A universidade brasileira, todos os anos [...] tem uma, duas, três, ou quatro greves na universidade pública. Ora, um modelo que, todo ano, produz greve duradoura, com comprometimento dos interesses dos alunos e da sociedade, não pode ser um modelo bom, não pode ser um modelo que esteja funcionando. [...] nós temos um sistema que todo ano deixa de funcionar. Alguma coisa está errada [...]”

científica.⁷⁷² Infelizmente, ponderaram, os recursos nunca são suficientes, especialmente em um país com tantos desafios a serem enfrentados pelo Poder Público. No Brasil falta dinheiro para o básico⁷⁷³ e escolhas difíceis têm que ser feitas. Portanto, concluiu o Ministro Gilmar Mendes, se as universidades se propõem a ir além do ensino, além da graduação, além até da formação de quadros acadêmicos, a elas deveria ser possibilitado cobrar por este adicional⁷⁷⁴, inclusive para se estimular seu autofinanciamento, ou então aceitar sua conseqüente impossibilitação.

O único voto divergente foi proferido pelo Ministro Marco Aurélio que, primeiramente, repeliu os debates que procuravam estender a restrição da gratuidade do ensino para, em sentença aditiva, possibilitar a cobrança de mensalidades de pós-graduações *stricto sensu*. Esta hipótese seria de competência exclusiva do Poder Legislativo devendo o STF, em respeito ao princípio da autocontenção, abster-se de agir como legislador positivo, quanto mais para estabelecer distinção que o texto constitucional não contemplaria. Em sua visão o art. 206, IV da Constituição não faz qualquer distinção quanto à modalidade do ensino; ele é gratuito e público para todos, sem qualquer distinção.⁷⁷⁵

No entendimento do ministro haveria uma grave incongruência em se vedar a cobrança de matrículas, mas permitir a cobrança de mensalidades admitindo-se, assim, o indesejável efeito de tornar os cursos de especialização inacessíveis à população menos afortunada. Nestes termos, votando pelo desprovimento do recurso, consignou que a universidade pública deve prestar seus serviços a partir das receitas constitucionalmente previstas; sem que lhe seja possível a cobrança de mensalidade, mesmo em relação à especialização.⁷⁷⁶

Não obstante, venceu a tese⁷⁷⁷ proposta pelo ministro relator que deu nova interpretação ao núcleo essencial da garantia de gratuidade do ensino. A Corte fez várias referências à decadência das universidades públicas, no entanto, não se reconheceu esta

⁷⁷² Voto do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO no RE 597.854/GO.

⁷⁷³ Voto do Ministro ALEXANDRE DE MORAIS no RE 597.854/GO.

⁷⁷⁴ Cf. Voto do Ministro GILMAR MENDES no RE 597.854/GO.

⁷⁷⁵ Extrai-se do voto do Ministro MARCO AURÉLIO proferido no RE 597.854/GO: “O preceito [*da gratuidade do ensino*] não encerra qualquer distinção quanto à envergadura, quanto à natureza, quanto à espécie desse ensino. Pouco importa que se trate de ensino básico, fundamental ou superior. Pouco importa que se trate de curso de graduação, de pós-graduação ou de extensão. A gratuidade é o “toque de caixa” que estabelece o acesso alargado [...] ao ensino que se diz, até aqui, público, e não híbrido [...]”.

⁷⁷⁶ Voto do Ministro MARCO AURÉLIO proferido no RE 597.854/GO.

⁷⁷⁷ Tese fixada no julgamento do RE 597.854/GO: “A garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança por universidades públicas de mensalidade em cursos de especialização”.

situação como efeito de uma crise econômica e política que, em 2017, completava mais um aniversário. Ao fim, não se pode dizer que a crise foi determinante para a virada jurisprudencial, verificada neste julgamento, exatamente porque adotou-se uma atitude críptica na interpretação do preceito constitucional. A cobrança de mensalidade de cursos de especialização, tida por medida *razoável e proporcional*⁷⁷⁸, não foi considerada obstada pela garantia constitucional e, assim, julgou-se provido o recurso extraordinário.

2.2.3 – JUSTIÇA PASSIVA

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra em seu art. 2º o princípio da separação dos poderes estabelecendo sua independência e relacionamento harmônico.⁷⁷⁹ Esta harmonia, contudo, em muitos momentos deste trabalho, foi colocada sob questionamento na medida em que se analisou a possível violação do âmbito de atuação do Legislativo ou Executivo. Afinal, sendo o Judiciário um órgão não eletivo, cujos membros estão sob a mesma influência ideológica, política, econômica ou social que os políticos, por que haveríamos de aceitar sua resposta àquela fornecida pelos representantes, democraticamente eleitos, do povo?⁷⁸⁰

Referida pergunta, sempre importante, assume especial relevo em tempos de crise econômica e financeira. De fato, como apontado em capítulo anterior, durante a chamada *“jurisprudência da crise”*⁷⁸¹, passou-se a defender, em terras lusitanas, a existência de um *“direito de crise”* que limitaria a atuação dos magistrados àqueles casos em que se verificasse grave inconstitucionalidade. Além desses casos limites deveria o Tribunal Constitucional português deferir à opção feita pelo legislador, mesmo que se pudesse supor uma outra solução mais benéfica.⁷⁸²

Dentre os autores que defendem esse *“direito de crise”* Gonçalo de Almeida Ribeiro⁷⁸³ se destaca ao instigar que os juízes constitucionais não se pautem apenas por virtudes de razoabilidade, previsibilidade, adequação, legitimidade e cosmopolitismo,

⁷⁷⁸ Cf. voto do Ministro GILMAR MENDES no RE 597.854/GO.

⁷⁷⁹ BRASIL. Constituição de 1988. Art. 2º.

⁷⁸⁰ STEVEN D. SMITH. *“The Constitution and (...)”* op. cit., p. 101; LUÍS PEREIRA COUTINHO. *“A “Convergência de Pensões” como (...)”* op. cit., p. 18-19.

⁷⁸¹ CARLOS BLANCO DE MORAIS. *“Curso de Direito (...)”*, op. cit., p. 709.

⁷⁸² MARIA BENEDITA URBANO. *“A jurisprudência da crise (...)”* op. cit., p. 9-48. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. *“Jurisprudência (...)”* op. cit., p. 68

⁷⁸³ GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO. *“O constitucionalismo (...)”* op. cit., p. 69-103.

mas também por virtudes de natureza prudencial que Alexander Bickel⁷⁸⁴ denominou *passivas*. Estas são qualidades de discernimento e temperamento que guiam o magistrado em sua defesa da Constituição.

Neste sentido, Luís Pereira Coutinho exorta à Corte Constitucional um retorno à sua função mais importante: a aplicação da lei. Em situações de reconhecida necessidade estatal deve o Tribunal adotar uma postura de *passividade judicial*⁷⁸⁵ e deferir⁷⁸⁶ à opção feita pelo poder político, mormente quando em causa *questões políticas*⁷⁸⁷. Nestes casos, a opção por uma postura passiva, em que a Corte se abstém de utilizar seu poder de dar a última palavra⁷⁸⁸, deve ser feita de maneira absolutamente transparente e fundamentada.⁷⁸⁹

Como já abordado anteriormente, a legitimidade dos juízes constitucionais para julgarem e, por vezes, reprovarem, leis aprovadas pelo Legislativo, bem como se oporem a escolhas políticas efetuadas por membros dos outros dois Poderes advém da própria Constituição⁷⁹⁰ e inserem-se em um contexto cultural e normativo próprio.⁷⁹¹ Ademais, no Brasil⁷⁹², a inafastabilidade do controle jurisdicional de apreciação de lesão ou ameaça de direito, prevista no art. 5º, XXXV da Constituição, tende a impedir que a Corte Suprema adote uma postura passiva diante de ações ou recursos que questionem a constitucionalidade de medidas estatais.

Não obstante, como bem observa Andréa Guimarães, esse obstáculo pode ser afastado de modo sutil⁷⁹³ e, entendemos, pouco transparente. Não se trata da passividade judicial clara e, podemos dizer, democrática defendida por Luís Pereira Coutinho⁷⁹⁴. Mas

⁷⁸⁴ ALEXANDER BICKEL, *"The Supreme Court (...)" op. cit.*, p. 40 ss.

⁷⁸⁵ LUÍS PEREIRA COUTINHO. *"The Passive Sovereignty (...)" op. cit.*, p. 119; Idem. *"A "Convergência de Pensões" como (...)" op. cit.*, p. 09-10.

⁷⁸⁶ STAVROS TSAKYRAKIS. *"Justice unrobed: (...)" op. cit.*, p. 69.

⁷⁸⁷ LUÍS PEREIRA COUTINHO. *"A "Convergência de Pensões" como (...)" op. cit.*, p. 10.

⁷⁸⁸ Idem. *"The Passive Sovereignty (...)" op. cit.*, p. 120-121.

⁷⁸⁹ Ibid, p. 130; Idem. *"A "Convergência de Pensões" como (...)" op. cit.*, p. 18-19.

⁷⁹⁰ BERNARD SCHLINK *"The dynamics of (...)" op. cit.*, p. 1238.

⁷⁹¹ JORGE SILVA SAMPAIO. *"The Contextual (...)" op. cit.*, p. 137 e ss.

⁷⁹² Sobre o contexto cultural e normativo, bem como sobre questões relativas ao princípio da separação dos Poderes no Brasil ver a discussão do tema em: "2.5.2 – A *democraticidade da ponderação*".

⁷⁹³ ANDRÉA MAGALHÃES. *"Jurisprudência da crise: (...)" op. cit.*, p. 106.

⁷⁹⁴ LUÍS PEREIRA COUTINHO. *"The Passive Sovereignty (...)" op. cit.*, p. 119; Idem. *"A "Convergência de Pensões" como (...)" op. cit.*, p. 09-10.

de uma justiça *passiva*⁷⁹⁵ que estrategicamente se utiliza de artifícios regimentais e doutrinários⁷⁹⁶ para postergar a prolação de suas decisões.

De fato, há vantagens. A passagem do tempo pode propiciar a mudança do contexto econômico⁷⁹⁷, o arrefecimento dos ânimos da sociedade civil ou até mesmo a mudança da composição⁷⁹⁸ e, conseqüentemente, do posicionamento da Corte. Assim, através do controle da pauta de julgamento, de pedidos de vista e de uma atitude de deferência ao legislador⁷⁹⁹, o STF parece escolher o melhor momento⁸⁰⁰ para decisões de grande repercussão econômica, especialmente quando em causa direitos sociais.

2.2.3.1 – Controle de pauta e pedidos de vista

No Brasil a pauta de julgamentos do Supremo Tribunal Federal é definida por ato discricionário⁸⁰¹ do presidente, conforme interpretação do art. 13, III, com as exceções⁸⁰² à sua necessidade previstas no §1º do art. 83, ambos do Regimento Interno⁸⁰³. Fato é que, após a chegada de um processo ao STF e finalizada sua relatoria pelo ministro responsável, a definição da data de julgamento cabe única e exclusivamente ao Presidente da Corte que, desde a Presidência do Ministro Nelson Jobim (2004-2006), tende a escolher⁸⁰⁴ o melhor momento para o exercício de seu poder.

⁷⁹⁵ ANDRÉA MAGALHÃES (*“Jurisprudência da crise: (...)” op. cit.*, p. 96 ss) denomina esta atitude de Cortes Constitucionais por *“cronoterapia”*. Neste trabalho, contudo, mais que uma *“terapia do tempo”*, entendemos que o STF tem adotado uma postura passiva ante questões com grave repercussão financeira para o Estado, motivo pelo qual entendemos mais adequada a classificação aqui utilizada.

⁷⁹⁶Ibid, p. 106.

⁷⁹⁷ A passagem do tempo pode ter grande influência sobre decisões de Cortes Constitucionais a respeito de direitos sociais e medidas de austeridade. Neste sentido MARIBEL GONZÁLEZ PASCUAL sobre o Tribunal Constitucional Espanhol: *“The Spanish Constitutional Court instead dealt with the austerity measures mostly in the frame of abstract constitutional challenges, which allowed it to make decisions when the main controversy was actually over”*. (*“Constitutional Courts (...)” op. cit.*, p. 113-115)

⁷⁹⁸ ANDRÉA MAGALHÃES. *“Jurisprudência da crise: (...)” op. cit.*, p. 99.

⁷⁹⁹ Ibid, p. 106

⁸⁰⁰ Ibid, p. 102.

⁸⁰¹ Art. 13, III do RISTF: Art. 13. São atribuições do Presidente: III – dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhe as sessões plenárias, cumprindo e fazendo cumprir este Regimento;

⁸⁰² Art. 83 do RISTF: § 1º Independem de pauta: as questões de ordem sobre a tramitação dos processos; o julgamento do processo remetido pela Turma ao Plenário; julgamento de habeas corpus, de conflito de jurisdição ou competência e de atribuições, de embargos declaratórios, de agravo regimental e de agravo de instrumento

⁸⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno: [atualizado até outubro de 2018]* – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2018.

⁸⁰⁴ JOAQUIM FALCÃO; FABIANA LUCI DE OLIVEIRA. *“O STF e a Agenda Pública Nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?”* nº 87. São Paulo: Lua Nova, 2013, p. 443-445.

Conforme observam Joaquim Falcão e Fabiana Luci de Oliveira, antes da gestão do Ministro Nelson Jobim, a pauta era definida aleatoriamente pela secretaria da Presidência ou, conforme pedido de advogados ou de ministros, de acordo com a relevância da tese jurídica. A partir de seu mandato, contudo, a pauta passou a ser definida de acordo com “*o momento político-jurídico, sendo que teriam prioridade os casos em que houvesse maior expectativa ou demanda da opinião pública*”.⁸⁰⁵

Ora, em um contexto de crise, a definição da pauta tem sua importância majorada, uma vez que questões de grande impacto orçamentário e de interesse do Governo podem ser levadas, ou não, a julgamento. Com efeito, como observa Andréa Guimarães⁸⁰⁶, a chegada da Ministra Cármen Lúcia à Presidência do STF (2016-2018) marca uma mudança na postura da Corte ante aquela adotada durante a gestão do Ministro Ricardo Lewandowski (2014-2016).

Durante seu mandato passa-se a adotar uma “*pauta sensível à escassez de recursos públicos*”⁸⁰⁷. De fato, é durante a presidência da Ministra Cármen Lúcia que se finalizou o julgamento do RE 593.456/RJ cujo resultado representou um endurecimento do posicionamento da Corte em relação ao direito de greve no serviço público; foi julgado o emblemático RE 597.854/GO em que se entendeu pela constitucionalidade da cobrança de mensalidade em cursos de especialização ofertados por universidades públicas; e foi pautada, ainda que não julgada, a AO 1.773/DF em que se questionava o pagamento de auxílio moradia aos magistrados brasileiros.

O STF é, assim como Cortes Constitucionais europeias, parte integrante do Estado cujo importante papel é exercido através da atuação jurisprudencial ou institucional.⁸⁰⁸ Para além de suas funções jurisdicionais, seus membros atuam politicamente na persecução de objetivos políticos nacionais em acordo com o poder político.⁸⁰⁹ A definição da pauta é, assim, um importante instrumento utilizado pelo chefe do Judiciário.

Não é o único. Outro artifício utilizado pelos membros do STF no exercício desta justiça passiva consiste no *pedido de vista*. Frequentemente utilizado por magistrados

⁸⁰⁵ JOAQUIM FALCÃO; FABIANA LUCI DE OLIVEIRA. “*O STF e (...)*” *op. cit.*, p. 445.

⁸⁰⁶ ANDRÉA MAGALHÃES. “*Jurisprudência da crise: (...)*” *op. cit.*, p. 107-108.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 108.

⁸⁰⁸ JORGE SILVA SAMPAIO. “*The Contextual Nature of Proportionality (...)*” *op. cit.*, p. 144.

⁸⁰⁹ Como se viu das discussões a respeito da segurança pública e da reforma da Previdência Social que tiveram lugar em reuniões entre os chefes dos Três Poderes noticiada por EDUARDO BARRETO e ANDRÉ DE SOUZA em “*Chefes dos três (...)*” *op. cit.*

componentes de um colegiado, o pedido de vista, previsto no art. 134 do RISTF⁸¹⁰, é ato discricionário à disposição do magistrado que, em virtude dos debates travados, interrompe um julgamento já iniciado para ter acesso aos autos e mais tempo de reflexão, seja sobre os argumentos colocados por seus pares seja sobre aqueles levantados pelos advogados das partes, antes de prolatar sua decisão.

Não obstante o RISTF estabelecer um prazo para devolução do processo e retomada do julgamento iniciado, fato é que este não é vinculativo, mas hodiernamente ultrapassado. É o caso dos RE 565.089/SP e RE 566.471/RN que tratam, respectivamente, de assuntos relacionados aos direitos sociais do trabalho e da saúde.

No Recurso Extraordinário nº 565.089/SP⁸¹¹, protocolado junto ao STF em 27 de setembro de 2007, discute-se o direito de servidores públicos a indenização ante a inércia do Poder Público na recomposição de suas remunerações, conforme garantia constitucional prevista no art. 37, X da Constituição.⁸¹² Tendo sido a repercussão geral reconhecida ao extraordinário em 13 de dezembro de 2007 iniciou-se o julgamento no dia 09 de junho de 2011. Desde então foram realizadas três sessões, feitos três pedidos de vista⁸¹³ e proferidos sete votos⁸¹⁴. No dia 19 de abril de 2018 o Ministro Dias Toffoli devolveu os autos para marcação de pauta e retomada do julgamento. Contudo, permanece pendente sua conclusão.

No Recurso Extraordinário nº 566.471/RN⁸¹⁵, protocolado no dia 08 de outubro de 2007, cinge-se a controvérsia ao direito social da saúde, mais especificamente o dever ou não do Estado em fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possua condições financeiras. A repercussão geral da questão objeto do extraordinário foi reconhecida no dia 03 de dezembro de 2012 e iniciado o julgamento no

⁸¹⁰ Art. 134 do RISTF: Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente.

⁸¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 565.089/SP. Relator Min. Marco Aurélio. Em julgamento.

⁸¹² BRASIL. Constituição de 1988. Art. 37, X: "X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices"

⁸¹³ Após o voto do relator na sessão do dia 09/06/2011 pediu vista a Ministra Cármen Lúcia. Retomado o julgamento em 03/04/2014 com o voto-vista da ministra e o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, o Ministro Teori Zavascki pediu vista dos autos. Reiniciado o julgamento no dia 02/10/2014 com o voto do ministro, pediu vista o Ministro Dias Toffoli. No dia 19 de abril de 2018 o ministro devolveu os autos para marcação de pauta e retomada do julgamento.

⁸¹⁴ Votaram de acordo com o relator Min. Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Luiz Fux. A divergência inaugurada pelo Ministro Luís Roberto Barroso foi seguida pelos Ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Rosa Weber.

⁸¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 566.471/RN. Relator Min. Marco Aurélio. Em julgamento.

dia 15 de setembro de 2016 com o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, que negava provimento ao recurso. Até o momento foram realizadas duas sessões, feitos dois pedidos de vista⁸¹⁶ e proferidos três votos⁸¹⁷. No dia 1º de agosto de 2018 o Ministro Alexandre de Moraes, após vista, devolveu os autos do processo para marcação de pauta e retomada do julgamento, ainda pendente.

Percebemos que, semelhantemente ao que ocorre em relação ao controle da pauta, também o pedido de vista pode servir a uma agenda institucional dos membros do STF a ser utilizado quando estrategicamente oportuno.

2.2.3.2 – Deferência ao legislador: o Acórdão no RE 661.256/DF

No dia 08 de outubro de 2014 o STF iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 661.256 interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em julgamento de recurso, reconheceu ao segurado o direito de “desaposentação”.⁸¹⁸ Este é o termo pelo qual ficou conhecida a pretensão do aposentado que, após sua aposentação, permanece ou volta a trabalhar e contribuir para a Previdência e, assim, tenciona renunciar ao benefício anteriormente deferido para ter acesso a outro mais benéfico.

O Ministro Luís Roberto Barroso⁸¹⁹, relator do processo, em seu voto trouxe uma exposição sobre o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), aplicável aos trabalhadores da iniciativa privada e caracterizado por seu caráter contributivo e solidário. Neste tipo de sistema previdenciário, diferentemente a modelos de capitalização, não há uma correspondência direta entre as contribuições e o valor do benefício futuramente recebido. Ao revés, o que ocorre é que a população economicamente ativa contribui – juntamente com seus empregadores, recursos orçamentários e outras fontes de custeio – para a manutenção da população economicamente inativa e o pagamento de pensões. Os

⁸¹⁶ Após o voto do relator na sessão do dia 15/09/2016 pediu vista o Ministro Luís Roberto Barroso. Retomado o julgamento no dia 28/09/2018 com o voto-vista do ministro e do Ministro Edson Fachin; pediu vista o Ministro Teori Zavascki que, falecido no dia 19/01/2017, foi sucedido pelo Ministro Alexandre de Moraes no dia 22/03/2017. No dia 01/08/2018 o ministro devolveu os autos para marcação de pauta e retomada do julgamento, ainda pendente.

⁸¹⁷ Tratam-se de três votos divergentes sendo o do Ministro relator, Marco Aurélio, pelo desprovimento; o voto do Ministro Luís Roberto Barroso pelo parcial provimento e do Ministro Edson Fachin pelo provimento do recurso extraordinário.

⁸¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE 661.256/DF. Relator Min. Roberto Barroso. DJU, Brasília, 27 de outubro de 2016.

⁸¹⁹ Voto do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO no RE 661.256/DF.

benefícios, a seu turno, são pagos com base em tempo de serviço e valor de contribuição, mas admite-se a hipótese de pagamento a pessoa que nunca contribuiu ou o fez de maneira limitada. Certo é que não tendo sido instituída uma idade mínima observa-se a aposentadoria precoce de pessoas em idade laboral pelo critério de tempo de serviço. Estas pessoas, contudo, por uma variedade de motivos, após sua aposentadoria voltam ou permanecem no mercado de trabalho efetuando contribuições para a Previdência Social.

Pontuou o ministro relator que, a se proverem os argumentos do INSS, mormente em relação à vedação legal contida no §2º do art. 18 da Lei 8.213/91⁸²⁰, estar-se-ia diante de irrazoável exigência de contribuição de trabalhadores aposentados sem qualquer possibilidade de contraprestação efetiva. Em seu voto⁸²¹, o ministro Barroso defendeu a existência de uma lacuna legal em relação à desaposentação que, em seu entendimento, seria compatível com o sistema constitucional e legal brasileiro. Assim, utilizando-se de cálculos atuariais que tiveram em conta fatores *idade e expectativa de vida* propôs, então, uma interpretação do regime previdenciário à luz de fundamentos constitucionais que possibilite, até que seja editada lei específica sobre o tema, a desaposentação sem que isso implique em violação de princípios da isonomia ou de justiça intergeracional.

O Ministro Dias Toffoli⁸²², inaugurando divergência que se sagraria vitoriosa, trouxe voto erigido sobre certos fundamentos. Ao contrário do ministro relator, Dias Toffoli pontuou que o §2º, do art. 18 da Lei 8.213/91, aplicável, expressamente veda ao aposentado pelo RGPS, que permanece em atividade ou a ela retorna, o recebimento de qualquer prestação em decorrência desta atividade, salvo salário-família e reabilitação profissional. Ademais, destacou, se não há no ordenamento constitucional vedação à desaposentação, é certo que também não há previsão e, assim sendo, não deveria o juiz constitucional se imiscuir na atividade legislativa do legislador, mas atuar em sua deferência. Nesta linha, reconheceu o ministro ser o Congresso Nacional o espaço democrático para futuros debates sobre a conveniência, ou não, da regulamentação do instituto da desaposentação.

⁸²⁰ BRASIL. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Art. 18, § 2º: “O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”.

⁸²¹ Voto do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO no RE 661.256/DF.

⁸²² Voto do Ministro DIAS TOFFOLI no RE 661.256/DF.

Em verdade, sobre essa conveniência pairava a saúde do sistema de seguridade social brasileiro⁸²³, uma preocupação que se verificou mesmo entre aqueles que reconheceram o direito à desaposentação. Como equacionar o seu possível impacto em tempos de crise econômica? Esta preocupação permearia os debates durante os dois anos de julgamento e as quase 350 páginas do acórdão.

De fato, o Ministro Gilmar Mendes⁸²⁴ destacou que a discussão travada no STF não era estranha aos poderes Legislativo e Executivo. Ocorre que o direito à desaposentação esteve entre os temas debatidos e aprovados através da Lei 13.183/2015⁸²⁵, mas vetado pela Presidente da República, sob o argumento de não ser condizente com o sistema previdenciário brasileiro. Ora, tendo sido a questão colocada sob o arbítrio do poder político e, tendo seguido regular processo legislativo, não haveria porque o Judiciário a este juízo impor o seu próprio.

Acompanhando os votos que lhe antecederam, também a ministra Cármen Lúcia⁸²⁶ se posicionou em uma atitude de deferência ao legislador positivo. Presidente do STF na época, a ministra destacou em seu voto este terceiro aspecto de uma justiça passiva que aqui defendemos e que se verifica consolidado na jurisprudência do Tribunal. Reconhecendo a relevância da matéria, inclusive econômica, a ministra concluiu que decidir sobre a viabilidade ou não da desaposentação exigiria consequente definição sobre os *“contornos e alcance de instituto sem expressa previsão legal”*. Esta ingrata tarefa colocaria o STF na posição de criador da norma, em violação ao princípio da separação dos poderes, e usurpador de competência típica do Congresso Nacional.⁸²⁷

Ao final, a despeito dos votos de quatro ministros que reconheciam o direito à desaposentação⁸²⁸, venceu a tese proposta pelo Ministro Dias Toffoli, redator do acórdão, nos seguintes termos: *“No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal*

⁸²³ Em seu voto o Ministro BARROSO pontuou que a liberação da desaposentação sem ressalvas poderia implicar em um impacto de 69 bilhões sobre as contas da Previdência. O Ministro GILMAR MENDES apontou estudo que estimava um déficit adicional de 6,8 bilhões anuais e de 164,6 bilhões ao longo prazo.

⁸²⁴ Voto do Ministro GILMAR MENDES no RE 661.256/DF.

⁸²⁵ Processo legislativo citado pelo Ministro GILMAR MENDES no RE 661.256/DF.

⁸²⁶ Voto da Ministra CÁRMEN LÚCIA no RE 661.256/DF.

⁸²⁷ ANDRÉA MAGALHÃES. *“Jurisprudência da crise: (...)”* op. cit., p. 115 ss.

⁸²⁸ Neste sentido os votos dos Ministros LUÍS ROBERTO BARROSO, ROSA WEBER, RICARDO LEWANDOWSKI e MARCO AURÉLIO.

*do direito à “desaposentação”, sendo constitucional a regra do art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/91”.*⁸²⁹

É certo que nem sempre o STF adotou esta postura de deferência ao legislador. Certamente poder-se-ia apontar outros julgamentos em que os membros do Supremo teriam adentrado em funções típicas do Poder Legislativo, inclusive foi este o alerta feito pelo Ministro Marco Aurélio ao proferir o único voto divergente no julgamento do RE 597.854/GO.⁸³⁰ Todavia, em tempos de crise, em que estão em causa questões de grande repercussão econômica e política, esta estratégica passividade da jurisdição constitucional pode ser bastante oportuna.

⁸²⁹ Tese fixada no julgamento do RE RE 661.256/DF.

⁸³⁰ Voto do Ministro MARCO AURÉLIO proferido no RE 597.854/GO.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início deste trabalho foram feitas algumas considerações sobre o momento atual. Em 2015, o Brasil teve crescimento negativo de seu Produto Interno Bruto (PIB) da ordem de -3,8%, a inflação atingiu 11% e mais de 6 milhões de brasileiros retornaram à pobreza ou mesmo à miséria.⁸³¹ Em 2018 o Orçamento da União previu um déficit de R\$120 bilhões de reais e o desemprego alcançou a marca de 13,4 milhões de desempregados.⁸³² O Governo brasileiro prega a austeridade e a necessidade de sacrifícios. A Constituição brasileira, a seu turno, estabelece um grande rol de direitos sociais que são, comumente, aqueles sacrifícios aos quais o Poder Público se refere.

Diante destas primeiras premissas se perguntou: *“Afiml, como deve o juiz constitucional se portar diante de questões que colocam direitos sociais e escolhas políticas em conflito? É a ponderação uma resposta a estas perguntas?”*. A confirmação da hipótese, contudo, demandava amplo estudo. Ao final deste trabalho entendemos possível apresentar algumas conclusões.

No primeiro capítulo desta tese, denominado “Regras e Princípios”, após discorrer sobre várias propostas teóricas de diferenciação entre normas, regras e princípios, reconhecemos que a Constituição é composta por um conjunto de normas jurídicas com força vinculante sobre o direito infraconstitucional. Estas normas se dividem em duas espécies: regras e princípios.

Princípios são normas de caráter deontológico dotadas de elevado grau de indeterminação que traduzem valores da sociedade no ordenamento jurídico, com vias de sua realização na maior medida do possível, consideradas a realidade fática e jurídica existente. As regras, desde que válidas, garantem direitos ou impõem deveres definitivos a serem realizados conforme previsto na norma.

Reconheceu-se, também que, sendo a Constituição um *sistema aberto*⁸³³ de regras e princípios, conflitos podem ocorrer em diferentes graus. Estes *conflitos normativos*⁸³⁴, cuja ocorrência é verificada quando a uma mesma situação fática confluem duas ou mais

⁸³¹ Ver estatísticas do BANCO MUNDIAL em <https://data.worldbank.org/country/brazil>; Também ANDRÉ SINGER. *“O Lulismo (...)” op. cit.*, p. 233.

⁸³² DARLAN ALVARENGA; DANIEL SILVEIRA. *“Desemprego sobe para 12,7% em março e atinge 13,4 milhões de brasileiros”*. In: G1 Economia. 30 de abril de 2019.

⁸³³ J. J. GOMES CANOTILHO, *“Direito Constitucional (...)” op. cit.*, p.1162-1164.

⁸³⁴ CARLA HUERTA OCHOA. *“Conflictos (...)” op. cit.*

normas com consequências incompatíveis, podem ocorrer entre regras, entre princípios ou entre regras e princípios.

Conflitos entre regras resolvem-se através da introdução de uma cláusula de exceção ou através da declaração de invalidade de uma delas, por meio de critérios de solução de antinomias jurídicas (hierárquico, cronológico ou de especialidade). Não é possível, contudo, o sopesamento de regras.

Princípios, devido ao conceito adotado, não entram em conflito. É que, abstratamente considerados, estas normas são harmônicas e não contraditórias. Em verdade, apenas em um caso concreto é que uma aparente *colisão*, ou *tensão*, é verificada, na medida em que a realização de um implica na restrição ou não realização de outro. No entanto, esta colisão não se resolve através da declaração de invalidade de um deles ou pela introdução de uma cláusula de exceção, mas através de um sopesamento, ou seja, por meio de consideração sobre a importância, ou *peso*, que determinado princípio assume em determinada situação fática. Solucionada a colisão, ambos princípios permanecem válidos e eficazes, possivelmente aplicáveis em novos casos concretos.

Admitiu-se, ainda, a possibilidade de colisões entre regras e princípios. Por se tratarem de espécies diferentes de normas entendemos pela impossibilidade de aplicação das formas de solução de conflitos normativos anteriores. Consideramos que regras são fruto de um sopesamento anterior feito pelo legislador que, durante o processo legislativo, deve ter em conta o ordenamento jurídico que pretende alterar, inclusive a aplicação de diferentes princípios àqueles fatos que pretende regular. Neste sentido, não haveria uma colisão entre uma regra e um princípio, mas a *restrição* deste por aquela.

Regras, portanto, possuem primazia sobre princípios, mas podem ter sua constitucionalidade questionada. Se declarada inconstitucional a regra é afastada e não há antinomia, se constitucional a regra é aplicada. Ademais disso, como solução para a colisão entre uma regra e um princípio, posicionamo-nos pelo recurso a critérios lógicos de solução de antinomias ou mesmo a um sopesamento na interpretação da regra, como forma de argumentação jurídica, mas não na sua aplicação.

Estabelecidos estes conceitos passamos, no segundo capítulo, a um profundo estudo sobre o sopesamento. Este, também chamado por ponderação, teve grande contribuição dos juristas Ronald Dworkin e Robert Alexy, sendo que, neste trabalho, adotamos a concepção alexyana da ponderação.

Entendemos que a solução para colisões entre princípios – verificadas no caso concreto em que a promoção de um objetivo implica na restrição ou não realização de um direito que tem por base um princípio – dá-se através da aplicação de uma regra especial, chamada proporcionalidade. Esta pode ser dividida em três sub-regras: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*, sendo a ponderação realizada nesta última etapa de aplicação da proporcionalidade. Esta estrutura é importante porque, por serem subsidiárias umas às outras, por vezes, a solução da colisão entre princípios prescindirá da aplicação da ponderação.

Como se viu, através da adequação busca-se averiguar a legitimidade de restrição de um direito que tem por base um princípio para a realização de objetivo (princípio) tido como importante. Uma restrição será considerada adequada quando apta a meramente *fomentar* a realização do fim pretendido. Caso a restrição não se justifique será considerada inadequada e, conseqüentemente, desproporcional.

Caso a restrição passe esta etapa será considerada a necessidade de sua adoção. Nesta segunda sub-regra da proporcionalidade o intérprete deve considerar a existência de outras medidas adequadas, mas que imponham menor restrição ao direito em questão, à persecução do objetivo estabelecido. Ocorre, contudo, que comumente a medida menos gravosa será a completa inação ou que a medida mais eficiente para o alcance do objetivo estabelecido venha a ser aquela que maior restrição imponha a outro princípio. Estas possibilidades não devem intimidar o intérprete, uma vez que ainda resta uma sub-regra à proporcionalidade.

A terceira sub-regra, denominada proporcionalidade em sentido estrito, é aquela em que se realizará a ponderação. É neste momento que o jurista deve argumentar eficazmente sobre a importância, o peso, que cada princípio assume no caso concreto, ou seja, se o fim buscado, se as vantagens resultantes da promoção desse objetivo, compensam os sacrifícios suportados pela restrição ou não realização do princípio colidente. Neste sentido, uma medida poderá ser considerada desproporcional caso as razões que a fundamentem não sejam capazes de justificar a restrição imposta ao direito, princípio, atingido.

O resultado deste procedimento, denominado por Alexy por *norma de direito fundamental atribuída*⁸³⁵, é o estabelecimento de uma relação de precedência entre dois

⁸³⁵ ROBERT ALEXY, “Teoria dos direitos (...)”, *op. cit.*, p. 102.

princípios colidentes, que tem a característica de regra, a ser aplicada por subsunção ao caso em questão e a casos futuros que guardem semelhança ao anterior.

A proporcionalidade e a ponderação foram incorporadas pelo ordenamento jurídico e jurisprudência brasileira, mas não da forma proposta por Alexy. Como observamos da análise do caso Ellwanger, julgado pelo STF, e do novel §2º, do art. 289 do CPC, no Brasil a proporcionalidade tem sido entendida como um princípio e aplicada sem grande critério. Entre os ministros da mais alta Corte brasileira a utilização da ponderação deu azo à prolação de soluções completamente distintas para uma mesma colisão de princípios. A norma processual, a seu turno, traz proposta de ponderação de regras que entendemos ser incoerente e inconstitucional.

Fato é que o caso Ellwanger e o art. 489, §2º do CPC tornaram-se exemplos utilizados por críticos da ponderação. Apontam para a alta discricionariedade na escolha dos princípios sopesados e na atribuição de peso. Ademais, a ampla subjetividade do juiz no momento de aplicação da proporcionalidade em sentido estrito implicaria em decisões de baixa racionalidade. Os direitos fundamentais, ao invés de protegidos, estariam à mercê de juristas; a Constituição, desprovida de normatividade.

Outra crítica substancial que se colocou contra a ponderação questiona a legitimidade de um Tribunal Constitucional em se utilizar de juízos de sopesamento para se contrapor a decisões políticas tomadas pelos outros dois poderes. Argumenta-se que o juízo de ponderação implicaria na apreciação política de valores. Esta tarefa, estranha às funções judicantes do Judiciário, significaria uma violação à separação de poderes. Ao final colocou-se a pergunta: por que aceitar o juízo de um Tribunal, formado por juízes não eleitos, em detrimento do juízo dos representantes, eleitos, do povo? Melhor seria, pontuavam se, ao invés de assumir o ônus da criação, o Judiciário retornasse a sua função precípua de aplicador da lei. Não obstante, alinhamo-nos em defesa da ponderação.

Em verdade, entendemos que grande parte das críticas que se colocam contra a racionalidade da ponderação se devem à má utilização da regra em juízos de sopesamento. É que a fundamentação é imprescindível ao juízo de ponderação. O julgador que se propõe a sopesar, corretamente, deve demonstrar todos os estágios de sua deliberação, seja na consideração das condições fáticas (adequação e necessidade) seja na consideração das condições jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito). Esta estrutura trifásica que tem por resultado uma regra a ser aplicada a casos futuros garante a racionalidade da ponderação, evita o particularismo de decisões, produz soluções mais

justas e possibilita maior longevidade do sistema normativo. Ademais, juízos de ponderação dão maior transparência ao processo decisório, possibilitando sua impugnação, ao mesmo tempo que compele à busca por valores comuns através da criação de precedentes, que limitarão a subjetividade do juiz. Assim, permite a aplicação consistente e coerente dos princípios e certa previsibilidade de decisões futuras.

De fato, a ponderação não é perfeita. Mas qual método interpretativo o é? Apontar por certa discricionariedade na sua aplicação não diminui as suas vantagens ou sua racionalidade. A exigência de completa eliminação da subjetividade do julgador, entendemos, é algo em si irracional, ao menos enquanto o Direito for exercido por seres humanos e não por máquinas dotadas de Inteligência Artificial. Entendemos, portanto, que a ponderação não deve ser aplicada de forma apressada, mas, criteriosamente, àqueles casos difíceis em que se verifique a colisão entre princípios.

E não há que se falar em ilegitimidade do Judiciário quando se trata de analisar, por meio de juízos de ponderação, as escolhas políticas efetuadas pelos outros dois Poderes ou mesmo quanto à necessidade de refreio em favor do sistema político. Ora, considerado o contexto social percebemos que a Corte Constitucional em países europeus, ou mesmo no Brasil, é vista como parte integrante do Estado com importante papel, institucional ou jurisprudencial, na elaboração de normas, modelação de valores e persecução de objetivos políticos nacionais. Ademais, em sistemas constitucionais kelsenianos, a legitimidade do Judiciário decorre da própria Constituição que coloca sob sua competência julgar a legalidade de medidas estatais. Não é adequada, portanto, timidez no exercício da jurisdição, mas sim aristotélica parcimônia.

Vencida a primeira parte e estabelecidos os fundamentos de teoria constitucional sobre os quais erigimos este estudo a segunda parte desta dissertação propôs um estudo dos direitos sociais e sobre a possibilidade de sua ponderação.

Reconhecemos direitos sociais como direitos a prestações estatais que visam garantir uma existência digna em sociedade. As prestações, por sua vez, podem ser fáticas, como o oferecimento de bens ou serviços, ou normativas, como a obrigação de se editar normas jurídicas que tutelem interesses individuais. Apesar deste caráter positivo reconhece-se também um caráter negativo dos direitos sociais a impedir ações estatais que venham a prejudicar o seu exercício ou fruição.

Em que pese a objeção a uma concepção unitária, concluímos que a Constituição brasileira de 1988, de caráter socializante, considera-os, juntamente aos direitos de

liberdade, direitos fundamentais com aplicação imediata. Este tratamento é resultado de um processo constituinte em que prevaleceram ideais sócio-democratas que indicam a consagração de um Estado Social, ainda que não expresso.

Neste sentido, pontuamos que a realização dos direitos sociais não deve ser limitada por um mínimo existencial ou social. É que não basta garantir a saída do indivíduo de um estado de pobreza absoluta ou limitar seu conteúdo ao mínimo necessário a uma vida digna. O conteúdo dos direitos sociais é muito maior e, assim como ocorre com os direitos de liberdade, deve-se buscar a sua maior realização. Neste sentido, rejeitamos uma teoria absoluta que imponha uma delimitação apriorística do mínimo de realização dos direitos sociais a ser garantido pelo Estado. Contudo, reconhecemos que a realização dos direitos sociais, variável, está sujeita a uma teoria relativa que deve ter em conta as condições fáticas verificáveis em determinada sociedade, inclusive a existência de recursos.

Assim, inobstante posições em contrário, entendemos que a realização dos direitos fundamentais sociais se condiciona pela existência de recursos públicos, ainda que se assumam a sempre existente escassez moderada. A eventual inexistência de recursos para a promoção dos direitos sociais deve ser devidamente e amplamente comprovada pelo Executivo e pelo Legislativo na feitura do Orçamento Público e pode ser questionada perante o Judiciário.

Certo é que os direitos sociais devem ser realizados na medida do possível e daquilo que se pode, razoavelmente, exigir do Estado. Neste sentido, a violação a um direito social, como prega Jorge Reis Novais⁸³⁶, será verificada se, no caso concreto, comprovar-se que o Estado possuía condições financeiras de o garantir, mas se absteve desta obrigação.

Esta dimensão econômica reconhecida aos direitos sociais tem como consequência a sua maior sujeição à limitação em tempos de crise econômica. De fato, reconhecemos que a realização dos direitos sociais pode sofrer limitação de forma constitucional, assim como ocorre em relação aos direitos de liberdade, ainda que isto implique em retrocesso, visto que esta restrição pode ser necessária à promoção de outro ou outros direitos sociais. Ademais, colocamos a própria ideia de retrocesso sob questionamento, uma vez que sua verificação depende de apreciação subjetiva do intérprete.

⁸³⁶ JORGE REIS NOVAIS. *"Direitos Sociais (...)" op. cit.*, p. 100-101.

Entendemos que o retrocesso, no que tange à realização dos direitos sociais, deve ser analisado sob a regra da proporcionalidade. Eventual retrocesso será permitido se, em um juízo de ponderação, que terá em conta as condições fáticas e jurídicas, a medida restritiva for considerada adequada, necessária e proporcional. A restrição, portanto, deve ser justificada como seria em relação a outros direitos fundamentais e não deve significar o completo abandono ou não realização do direito. Assim, respeitados estes critérios, entendemos possível *retrocesso* ou, melhor colocado, a *limitação* de direitos sociais.

A conclusão solidificada ao final desta segunda parte dialoga com o conteúdo da primeira parte deste trabalho e com a discussão que se propôs nos próximos dois capítulos da terceira parte. De fato, em um momento em que o Brasil passa por um período de crise econômica em que se defende a adoção de políticas de austeridade e de limitação de direitos sociais causa preocupação que o sacrifício exigido possa atingir de forma mais grave logo a população mais vulnerável. Neste sentido, a análise da jurisprudência constitucional portuguesa durante a crise econômico e financeira que a partir de 2008 solapou a economia portuguesa serve de modelo para o estudo da jurisprudência constitucional brasileira.

Em Portugal, a partir de 2009, os Governos que se formaram, sejam eles de esquerda ou de direita, assumiram o compromisso, com organismos internacionais europeus e com a sociedade portuguesa, de restaurar o equilíbrio econômico através da adoção de medidas de austeridade. Este objetivo, ao final de 2014, foi conquistado com a redução do déficit orçamentário, o retorno do investimento e crescimento da economia portuguesa.⁸³⁷

Contudo, a austeridade adotada significou a imposição de uma série de medidas de restrição a direitos sociais como o direito à saúde, educação, assistência social e cortes de subsídios do serviço público e pensões. A constitucionalidade destas medidas foi questionada perante o Tribunal Constitucional português, que, por vezes, decidiu pela sua validade e, por outras, reconhecendo sua inconstitucionalidade, considerou-as inválidas.

O conjunto das decisões prolatadas neste período ficou conhecido por “jurisprudência da crise”. Neste trabalho ela foi analisada em seus três momentos através

⁸³⁷ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO et al. “Editorial: The Portuguese (...)” *op. cit.*, p. 03.

de estudo dos Acórdãos, entendidos como paradigmas, nº 396/2011, 353/2012 e 187/2013.

Em um primeiro momento da “jurisprudência da Crise” o Tribunal Constitucional adota uma fundamentação essencialmente principiológica em que são utilizados instrumentos hermenêuticos próprios da jurisdição constitucional. As medidas de austeridade não foram consideradas violadoras dos princípios da igualdade, da proteção da confiança ou mesmo desproporcionais. Neste primeiro momento, o contexto econômico assume especial relevância e fundamenta a declaração de não inconstitucionalidade dos sacrifícios impostos aos servidores públicos e à sociedade em geral pelo poder político.

O segundo momento é marcado por um início de virada na anterior atitude de deferência do Tribunal. Novamente utilizando-se de argumentos principiológicos os membros do TC consideraram as novas medidas de austeridade desproporcionalmente violadoras do princípio da igualdade. É que, analisadas perante a proporcionalidade, considerou-se a existência de medidas alternativas, potencialmente menos restritivas ao princípio e tão ou mais eficientes à persecução do objetivo estatal. Não obstante, reconhecendo os efeitos negativos que uma decisão de inconstitucionalidade poderia ter sobre o Orçamento do Estado daquele ano, os conselheiros do Tribunal Constitucional entenderam por bem, em uma modulação de efeitos, permitir sua vigência. Assim, o resultado que a declaração de inconstitucionalidade teria para as contas públicas foi postergado para o ano seguinte.

O ano de 2013 veio com novas restrições no Orçamento do Estado e a reedição de medidas consideradas desproporcionais nos anos anteriores. Este terceiro momento da jurisprudência da crise é marcado, então, pela afirmação dos direitos sociais ante sua contínua limitação. No acórdão 187/2013 – se bem que tenha considerado constitucional a criação de uma contribuição (CES) considerada, por muitos, excessiva – o Tribunal Constitucional considerou que as novas medidas de austeridade, conjugadas com aquelas de anos anteriores ainda em vigor, impunham um injusto sacrifício aos indivíduos cujos direitos eram restringidos. Havia, portanto, uma desproporcional violação dos princípios da igualdade e da justa repartição dos encargos públicos a eivar de inconstitucionalidade a sua imposição.

Após esta análise e, sustentados pelas conclusões de capítulos anteriores, passamos a refutar os principais argumentos colocados contra atuação do Tribunal

Constitucional. Primeiramente, entendemos pela inexistência de um estado de exceção, uma vez que os compromissos assumidos pelo Estado português, junto a organismos internacionais, deram-se dentro dos parâmetros legais e jurídicos necessários à sua constitucionalidade.

Rejeitamos, também, o argumento da existência de um estado de emergência financeira. É que, diante de recursos finitos e de necessidades infinitas, escassez, ainda que moderada, sempre existirá. Ao contrário, um tempo de bonança econômica, em que as necessidades dos cidadãos são plenamente atendidas pelo Orçamento do Estado, mais parece um sonho utópico. No mundo real, entendemos, a realização de direitos sociais deve ser colocada, juntamente ao equilíbrio econômico, como um objetivo buscado por políticas públicas do Estado.

Contudo, nem sempre é este o caso e, em épocas de crise, os direitos sociais são os primeiros a sofrerem com contingenciamentos ou cortes de recursos públicos. Ainda que estas medidas, ou outras mais graves como o retrocesso social, sejam possíveis, entendemos que sua proporcionalidade pode ser questionada perante o Judiciário, socialmente e constitucionalmente legitimado, onde as razões do poder público deverão ser deverasmente demonstradas e justificadas

Neste contexto, a ponderação se apresenta como importante instrumento a ser empregado pelos juízes constitucionais. Ora, em tempos de crise, não são apenas os direitos sociais que devem ser sopesados, mas a própria crise. Afinal, ainda que reconheçamos que os direitos sociais, assim como qualquer direito, não sejam absolutos; também reconhecemos que a crise econômica não é uma norma ou uma razão que sempre os supere. À Corte Constitucional, portanto, resta a responsabilidade de se opor a medidas desproporcionais, irrazoáveis ou que imponham injusto sacrifício a direitos fundamentais e, especificamente, sociais.

No Brasil, a crise que se instaurou desde o início do primeiro mandato da presidente Dilma Rousseff, cujo ápice se deu no ano de 2015, tem motivado o Governo Federal à adoção de medidas de contingenciamento e de corte de gastos, mormente em relação a direitos sociais como a educação, a saúde, a moradia, o trabalho e a previdência social. Neste sentido, assim como ocorreu em relação ao Tribunal Constitucional português, também o Supremo Tribunal Federal é chamado a se pronunciar sobre possíveis violações a direitos sociais em tempos de crise econômica.

Diferentemente de Portugal, a jurisprudência constitucional brasileira não tem, abertamente, pautado suas decisões pelo contexto de crise econômica. A influência da crise sobre a jurisprudência do STF se dá de forma mais sutil e indireta – seja motivando uma postura salomônica; seja através de uma estratégia críptica; seja até pela adoção de uma atitude passiva – cujos reflexos têm sido observados no trâmite processual, em acórdãos e em decisões monocráticas proferidas em processos julgados, ou não, durante os anos de 2011 a 2018. Assim, pudemos concluir que não se trata de uma “jurisprudência da crise”, mas uma “jurisprudência *na* crise” ou mesmo uma “jurisprudência *em tempos* de crise”.

O primeiro modelo de justiça que analisamos, denominado salomônico, foi observado em decisões em que o STF, fazendo alguma referência à crise econômica, adotou uma postura de diálogo com os outros Poderes. Esta postura foi identificada no julgamento do RE 567.985/MT onde se propôs que a declaração de inconstitucionalidade de critério legal, que limitava o acesso a benefício assistencial, só produziria seus efeitos após o prazo de 2 anos, durante os quais o legislador deveria atuar pela aprovação de novo critério. Esta proposta, ainda que não aprovada pela falta de quórum qualificado, é característica deste modelo de justiça que pretende “dividir o bebê” através da modulação dos efeitos de suas decisões ou através da concessão de prazo para a atuação legislativa.

Outro exemplo foi encontrado nas decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Luiz Fux na Ação Originária nº 1.773/DF. Nesta ação, que buscava a concessão de auxílio moradia a magistrados brasileiros um terceiro aspecto deste modelo ficaria evidente: a adoção de uma postura conciliatória. Fato é que, após vigorar por 4 anos decisão monocrática que, em antecipação de tutela, deferiu a todos os magistrados brasileiros o recebimento do benefício, em 2018 um acordo seria costurado entre Judiciário e Executivo. Este acordo possibilitou o aumento dos subsídios dos ministros do STF com reflexos sobre as remunerações de todo o funcionalismo público. Ao final, conquanto mantivesse entendimento da legalidade do auxílio, o Ministro Luiz Fux entendeu por razoável e proporcional sua revogação diante do contexto de crise econômica.

Entendemos que este tipo de decisão, ainda que interessante, tem como desvantagens a postergação da solução de situações ou de conflitos que permanecerão a ser regidos por norma declarada inconstitucional, quanto mais por um longo período de tempo como se pretendeu durante o julgamento do RE 567.985/MT. Ademais, há um

custo político em se regular a atuação de outro Poder, no caso o Legislativo, que poderá, eventualmente, dada a sua independência, não cumprir o prazo que lhe foi estabelecido.

Feitas estas considerações é importante esclarecer que não rejeitamos a justiça salomônica, mas exortamos sua utilização com sabedoria visto que, em outros casos, poderá ser esta aquela mais indicada à concretização dos ideais democráticos da Constituição de 1988.

O segundo modelo, denominado por justiça críptica, foi observado em decisões em que o STF, ainda que mencionasse a crise econômica, não a assumiu como determinante à conclusão do julgamento. Esta postura, que entendemos completamente distinta àquela do Tribunal Constitucional português, foi adotada nos julgamentos do RE 693.456/RJ, onde se questionava a constitucionalidade do desconto nos vencimentos de servidores públicos grevistas; e no RE 597.854/GO, em que se questionou a possibilidade de cobrança de mensalidade de cursos de especialização ofertados por universidades públicas.

De fato, durante os debates travados no julgamento de ambos os recursos, a crise econômica, cujos efeitos eram gravemente sentidos naqueles anos, seria recorrentemente referida. Não obstante, a argumentação utilizada pelos ministros do STF, para decidir questões atinentes ao direito de greve de servidores públicos e à gratuidade do ensino público, não se concentraria no contexto de crise, mas na reinterpretação do sentido e extensão de normas legais, na reavaliação da essencialidade de bens jurídicos e na reconsideração de teses jurídicas, antes consolidadas, para adequação a um contexto de escassez.

Este tipo de decisão é questionável porque não é transparente. Certamente a Lei não é estática, mas aberta a novas interpretações. O que se pergunta é se este tipo de decisão, que deixa dúvidas sobre seus motivos, é condizente com os ideais democráticos de um Estado de Direito. Ao fim, não se pode dizer que a crise foi determinante para a virada jurisprudencial, verificada nos julgamentos dos RE 693.456/RJ e RE 597.854/GO, exatamente porque adotou-se uma atitude críptica na interpretação dos preceitos constitucionais.

O terceiro e último modelo, caracteriza-se pela adoção de uma passividade sutil para, através de artifícios regimentais e doutrinários, postergar a prolação de decisões com alto potencial de repercussão econômica, mormente em tempos de crise. De fato, há vantagens. A passagem do tempo pode significar a melhora do contexto econômico, o

arrefecimento dos ânimos da sociedade civil ou até mesmo a mudança da composição e, conseqüentemente, do posicionamento da Corte.

Esta justiça passiva pode ser exercida pelo Presidente da Corte através do controle da pauta. Este poder, utilizado de forma estratégica, permite o controle daqueles processos que irão a julgamento ou que, tendo sido iniciado, chegarão a uma conclusão. Deste modo, o Chefe do Judiciário brasileiro pode afastar questões que impliquem em gastos públicos e dar prioridade a outras que satisfaçam interesses do Governo em tempos de crise econômica.

Exemplo dessa utilização estratégica pôde ser encontrado durante o biênio em que a Ministra Cármen Lúcia foi Presidente da Corte. Durante a sua gestão o STF julgou: o RE 593.456/RJ, cujo resultado representou um endurecimento do posicionamento da Corte em relação ao direito de greve no serviço público; o emblemático RE 597.854/GO, em que se entendeu pela constitucionalidade da cobrança de mensalidade em cursos de especialização ofertados por universidades públicas; e foi pautada, ainda que não julgada, a AO 1.773/DF, que questiona o pagamento de auxílio moradia aos magistrados brasileiros. O agendamento destes processos representa uma postura sensível da Corte à crise econômica, uma vez que, caso não julgados, continuariam a produzir efeitos indesejados em tempos de escassez de recursos.

Outro artifício utilizado pelos membros do STF no exercício desta justiça passiva consiste no pedido de vista. Considerando-se a ausência de prazo peremptório para a recolocação do processo em julgamento, o pedido de vista pode interromper um julgamento já iniciado e postergar, por anos, especialmente quando conjugado com o controle de pauta, eventual decisão que imporia grave sacrifício às contas públicas em um momento de crise.

Exemplos da utilização do pedido de vista foram encontrados no trâmite do RE 565.089/SP, em que se discute garantia constitucional de recomposição anual das remunerações de servidores públicos, cujo julgamento, iniciado em junho de 2011, já dura 8 anos; e no RE 566.471/RN, que coloca sob discussão o dever do Estado em fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave ou que não possua condições financeiras, cujo julgamento, iniciado em 2016, continua pendente de conclusão.

O último aspecto desta justiça passiva consiste em uma atitude de deferência adotada em relação ao legislador. Esta postura foi identificada durante o julgamento do RE 661.256/DF em que estava em causa a chamada desaposentação, sendo este o termo

que se convencionou utilizar para a possibilidade do aposentado, que permanece ou volta a trabalhar, renunciar a seu benefício em prol de outro mais benéfico. Ainda que não determinante, durante os debates travados, ficou clara nos votos dos ministros a preocupação com a saúde do sistema de seguridade social. Mais que isto, a maioria que se formou reconheceu não ser a Corte Constitucional, o espaço adequado para as necessárias discussões sobre o impacto econômico e social que uma decisão sobre a desaposentação poderia impor a um Orçamento combalido, especialmente quando o Poder Executivo negocia com o Poder Legislativo uma reforma da Previdência Social.

É certo que nem sempre o STF adotou esta postura de deferência ao legislador. Todavia, em tempos de crise, em que estão em causa questões de grande repercussão econômica e política, esta estratégica passividade da jurisdição constitucional pode ser considerada oportuna.

É importante destacar que estes modelos de justiça, identificados na jurisprudência do STF durante estes tempos de crise, não são adotados de forma isolada, mas, muitas vezes, de forma complementar. Em nosso estudo, contudo, não pudemos verificar, nestes modelos, a utilização da ponderação pelos ministros do STF. Ao revés, observamos que as referências feitas à proporcionalidade ou à ponderação se limitaram a pontuar que as medidas questionadas eram “razoáveis” ou “proporcionais” sem qualquer demonstração da dita proporcionalidade ou de suas sub-regras.

Não obstante, entendemos que, pesadas suas vantagens e desvantagens, a ponderação sagra-se vitoriosa. Em tempos de crise econômica, em que direitos sociais pendem na balança a própria escassez deve ser sopesada.

Neste sentido, defendemos que as decisões proferidas pelo STF de forma salomônica ou, em maior medida, de forma críptica, poderiam ter se valido da proporcionalidade para aclarar e democratizar as razões que as fundamentaram. E que mesmo os efeitos deletérios de decisões com grande repercussão econômica, que se buscou evitar através de uma postura passiva do Tribunal e de seus membros, podem ser mitigados se, ao invés da postergação do julgamento, adotar-se o sopesamento.

O que temos como certo é que assim como direitos não são absolutos, também as crises não o são. O que hoje é garantido pode não o ser amanhã. A crise do presente é o período de bonança do passado. As situações se invertem e se alteram. É diante deste cenário mutável e dinâmico que entendemos ser a ponderação um importante instrumento a ser utilizado por juízes constitucionais para avaliar a constitucionalidade

de eventuais limitações ou restrições de direitos sociais, ou demonstrar sua desproporcional inconstitucionalidade. Ora, se é verdade que sempre estivemos em crise e se a jurisprudência em tempos de crise ainda está sendo escrita, que a escrevamos de forma ponderada.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, in Revista Española de Derecho Constitucional, Año 14, n. 41, Maio-Agosto, 1994 p. 80.

ÁFRICA DO SUL. “Soobramoney v. Minister of Health (Kwazulu-Natal)”. (CCT32/97) [1997]ZACC 17; 1998 (1) AS 765 (CC).

ALEINIKOFF, Alexander. *Constitucional “Law in the age of balancing”*. Yale Law Journal, v. 96, n. 5, 1987.

ALEXANDRINO, José de Melo. “Como ler a Constituição – algumas coordenadas”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III – Direito Privado, Direito Público e Vária, Coimbra: Almedina, 2010

_____, José de Melo. “Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades”, in: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira. (org) *O Tribunal Constitucional e a crise – Ensaio críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p.49-68.

ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. Traducción de Manuel Atienza. Doxa, v. 5, 1988.

_____, Robert. “Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica”. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____, Robert. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”. Madrid: [s.n.], 2004.

_____, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

_____, Robert. “Teoria dos direitos fundamentais”. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

ALVARENGA, Darlan; SILVEIRA, Daniel. “Inflação oficial fecha 2018 em 3,75%”. In: G1 Economia. 11 de janeiro de 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/11/inflacao-oficial-fecha-2018-em-375.ghtml>. Acesso em 07/05/2019.

_____, “Desemprego sobe para 12,7% em março e atinge 13,4 milhões de brasileiros”. In: G1 Economia. 30 de abril de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/04/30/desemprego-sobe-para-127percent-em-marco-diz-ibge.ghtml>. Acesso em 07/05/2019.

AMARAL, Gustavo. “Direito, escassez e escolha”. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos de Vieira. “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”. 3 ed., Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRADE, Ricardo Barretto de; ZÚÑIGA, Jaime Gallegos, “El derecho a la salud em Chile: hacia um rol más activo y estructural del Estado em el aseguramiento de este derecho fundamental”. Gaceta Jurídica, v. 373, p. 55, 2011.

ARANGO, Rodolfo. “El concepto de Derechos Fundamentales Sociales”. México: Legis, 2005.

ARISTÓTELES. “Ética a Nicômacos”. Tradução de Mário da Gama Kury. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan R. “Sobre Principios y Reglas”. Doxa, v. 10, 1991.

ATRÍA, Fernando. “Réplica: derecho y politica a propósito de los derechos sociales, in Discusiones: Derechos Sociales”, 4, 2004, p 145 ss.

ÁVILA, Humberto. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. Revista de Direito Administrativo 215 (1999): 151-179.

_____, Humberto. “Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”. 4ª ed. revista, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BACHOF, Otto. “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, in VVDStRL n° 12 (1954), p. 42-3 apud SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org) *Direitos Fundamentais – orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-49.

BARCELOS, Ana Paula. *“O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy”*. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. P. 11-49

BARRETO, Eduardo; SOUZA, André de. *“Chefes dos três Poderes se reúnem no Itamaraty e assinam pacto pela segurança pública”*. In: O GLOBO BRASIL. 28/10/2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/chefes-dos-tres-poderes-se-reunem-no-itamaraty-assinam-pacto-pela-seguranca-publica-20374773>. Acesso em 20/03/2019.

BARROS, Suzana de Toledo. *“O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais”*. 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. *“Interpretação e aplicação da Constituição”*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____, Luís Roberto. *“Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Luis Roberto. *“O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil”*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BBC BRASIL. *“Obama diz que Lula ‘é o político mais popular da Terra’”*. 02 de abril de 2009. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/multimedia/2009/04/090402_lulaobamavideo.shtml. Acesso em 20/04/2019.

BEATTY, David M. *“The ultimate rule of law”*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BÍBLIA. A. T. Reis. Português. *“O primeiro livro de Reis”*. Tradução da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Paulus Editora, 2001.

BICKEL, Alexander. *“The Supreme Court 1960 Term – Forward: The passive virtues”*. Harvard Law Review, vol. 75, 1961-62, pp. 40 ss.

BOBBIO, Norberto. *“Teoria dell Ordinamento Giuridico”*. Torino: Giappichelli, 1960.

_____, Norberto. *“Teoria do Ordenamento Jurídico”*. Introdução Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. L. Santos. 4ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *“Escritos sobre derechos fundamentales”*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

_____, Ernst-Wolfgang. *“Stato, costituzione, democrazia : studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale”*. Milano : Giuffrè, 2006.

BOLLE, Monica Baumgarten de. *“Como matar a borboleta azul: uma crônica da Era Dilma”*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *“Curso de Direito Constitucional”*. 33ª ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

BOTELHO, Catarina Santos. *“Os direitos sociais em tempos de crise: ou visitar as normas programáticas”*. Coimbra: Edições Almedina, 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *“Juízo de ponderação na jurisdição constitucional”*. São Paulo: Saraiva. 2009.

BRANCO, Ricardo. *“‘Ou sofrem todos ou há moralidade’: breves notas sobre a fundamentação do Acórdão nº. 353/2012 do Tribunal Constitucional” in: Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, vol. I. Coimbra: Almedina, 2012, p. 329 ss.*

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 19/02/2019.

_____. Código Penal. Decreto-Lei nº 8.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 14/04/2017.

_____. Código Penal Militar. Decreto-Lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm. Acesso em 10/01/2019.

_____. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Emenda Constitucional nº 95 de 15 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em 24/04/2019.

_____. Lei de execução Penal. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em 20/11/2018.

_____. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 27/04/2019.

_____. Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8742.htm. Acesso em 27/04/2019.

_____. Lei nº 9.494/1997 de 10 de setembro de 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm. Acesso em 05/10/2017.

_____. Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em 20/04/2019.

_____. Lei nº 11.977 de 7 de julho de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em 18/01/2018

_____. Lei 13.300 de 23 de junho de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm. Acesso em 20/03/2019.

_____. Lei 13.467 de 13 de julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em 07/05/2019.

_____. Lei 13.752 de 26 de novembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13752.htm. Acesso em 10/05/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Resp. nº. 430.526/SP. Relator Min. Luiz Fux. DJU, Brasília, 1º de outubro de 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na AP 470. Relator Min. Joaquim Barbosa. DJU, Brasília, 17 de dezembro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no ARE 639.337-AgR/SP. Relator Min. Celso de Mello. 2ª Turma, julgado em 23 de agosto de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no HC 82.424/RS. Relator Min. Maurício Corrêa. DJU, Brasília, 19 de março de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no HC 83.996/RJ. Relator Min. Gilmar Mendes. DJU, Brasília, 26 de agosto de 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE nº 153.531/SC. Relator Min. Marco Aurélio. DJU, Brasília, 13 de março de 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE nº 273.834/RS. Relator Min. Celso de Mello. DJU, Brasília, 02 de fevereiro de 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE 567.985/MT. Relator Min. Marco Aurélio. DJU, Brasília, 18 de abril de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE 661.256/DF. Relator Min. Roberto Barroso. DJU, Brasília, 27 de outubro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE 693.456/RJ. Relator Min. Dias Toffoli. DJU, Brasília, 27 de outubro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE 597.854/GO. Relator Min. Edson Fachin. DJU, Brasília, 26 de abril de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. AO 1773/DF. Relator Min. Luiz Fux. Sem previsão de julgamento.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 565.089/SP. Relator Min. Marco Aurélio. Em julgamento.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 566.471/RN. Relator Min. Marco Aurélio. Em julgamento.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno: [atualizado até outubro de 2018] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. “*Pesquisa revela que compra de votos ainda é realidade no país*”. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Fevereiro/pesquisa-revela-que-compra-de-votos-ainda-e-realidade-no-pais>. Acesso em 23/11/2018.

_____. Ministério da Fazenda. “*Reformas econômicas em 2016-2018 e perspectivas para o próximo mandato presidencial*” In: “*Balanco e perspectivas econômicas 2016-2018*”. Disponível em <http://www.fazenda.gov.br/balanco-e-perspectivas/artigos-e-analises/reformas-economicas-em-2016-2018-e-perspectivas-para-o-proximo-mandato-presidencial>. Acesso em 14/12/2018.

BRITO, Miguel Nogueira de. “*Lições de Introdução à Teoria da Constituição*”. Lisboa, s.n., 2013.

_____, Miguel Nogueira de; COUTINHO, Luís Pereira; FREITAS, Tiago Fidalgo de; SAMPAIO, Jorge Silva. “*Editorial: The Portuguese Constitutional Court’s Jurisprudence of Crisis*”. In: E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público, nº1, vol. 4, maio de 2017, p. 01-04.

CANARIS, Claus-Wilhelm. “*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*”. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*”. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

_____, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. “*Fundamentos da Constituição*”. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

_____, J. J. Gomes. “*¿Revisar la/o romper com la Constitución Dirigente? Defensa De Un Constitucionalismo Moralmente Reflexivo.*” Revista Española De Derecho Constitucional, no. 43. 1995.
Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/24881974>. Acessado em 12/12/2018.

_____, J. J. Gomes. “*Direito Constitucional e teoria da constituição*”. 7ª ed., 17 reimp. Coimbra: Almedina, 2013.

CARVALHO, Laura. *“Valsa brasileira: do boom ao caos econômico”*. São Paulo: Todavia, 1ª ed., 2018.

CAVALCANTI, Maria Luisa. *“Rio bate Madri e será sede da Olimpíada de 2016”*. BBC Brasil. 02 de outubro de 2009. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/multimedia/2009/10/091002_riogranha_video.shtml. Acesso em 06/05/2019.

COFFIN, Frank. *“Judicial balancing: the protean scales of justice”*. New York University Law Review, v. 63, 1988.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *“Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931/2009”*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

CONTIADES, Xenophon. *“How Constitutions Reacted to the financial Crisis”*, Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis. Farnham(UK): Xenophon Contiades, 2013.

_____, Xenophon. *“Introduction: The Global Financial Crisis and the Constitution”*, Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis. Farnham(UK): Xenophon Contiades, 2013.

CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. (org) *“Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho”*. vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

COUTINHO, Luís Pereira. *“Os Direitos Sociais e a Crise: Algumas notas”*. Direito e Política, n.º 1, 2012, p. 74-81.

_____, Luís Pereira; BRITO, Miguel Nogueira de. *“A “Igualdade Proporcional”, Novo Modelo de Controlo do Princípio da Igualdade? - Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013”*. Direito e Política, n.º 4, 2013, p. 182-191.

_____, Luís Pereira. *“A “Convergência de Pensões” como Questão Política”*. In E-publica, Revista Eletrônica de Direito Público, n.º 1, 2014a.

_____, Luís Pereira. *“Os direitos sociais como compromissos”*. E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público, n.º3, dezembro de 2014, p. 86-98.

_____, Luís Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. (org) "*O Tribunal Constitucional e a crise – Ensaios críticos*". Coimbra: Almedina, 2014.

_____, Luís Pereira. "*The Passive Sovereignty of the Constitutional Judge a State Theory Approach*". In: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; SMITH, Steven D. (Editors) *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*. Springer International Publishing, 2015.

_____, Luís Pereira. "*Comment on Andrea Morrone-s 'Constitutional Courts and Economic Crisis'*". In: E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público, nº1, vol. 4, maio de 2017.

CHRISTENSEN, Ralph. "*Teoria Estruturante do Direito*". Tradução de Peter Naumann. In: MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Tradução de Ana Paula Barbosa-Fohrmann et al. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. "*Dos elementos e dos efeitos da sentença*". In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. coord. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1127-1236.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. "*Teoria geral dos direitos fundamentais*". 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. "*Law's Empire*". Oxford: Hart Publishing, 1998.

_____, Ronald. "*O Império do Direito*". Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____, Ronald. "*Taking rights seriously*". Cambridge: Harvard University, 2001.

_____, Ronald. "*Levando os direitos a sério*". São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____, Ronald. "*A raposa e o porco espinho: justiça e valor*". Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2014.

ELSTER, John. "*Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*". Traducción de Carlos Gardini. Barcelona: Gedisa, 1999.

ELY, John Hart. *“Democracy and distrust: a theory of judicial review”*. Cambridge: Harvard University, 1980.

ESSER, Josef. *“Princípio y Norma na Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado”*. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *“O STF e a Agenda Pública Nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?”* n° 87. São Paulo: Lua Nova, 2013.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *“Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação”*. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *“Curso de Direito Constitucional”*. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FISHER, Louis. *“Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process”*. Princeton University Press, 1988.

FORSTHOFF, Ernest. *“Los derechos fundamentales”*. In: *El estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FRANCO, Bernardo Mello. *“Mil dias de tormenta: a crise que derrubou Dilma e deixou Temer por um fio”*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

FREIRE, André; LISI, Marco; VIEGAS, José Manuel Leite. (org) *“Crise económica, políticas de austeridade e representação política”*. Lisboa: Assembleia da República, 2015.

FRIEDMAN, Barry. *“The Politics of Judicial Review”*. Texas Law Review. Vol. 84, n° 2, 2005.

FUX, Luiz (cood). *“Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais”*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GALDINO, Flávio. *“Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos (coord). *"Constituição e democracia: fundamentos"*. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *"Da Constituição da crise' à 'crise da Constituição'"*. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar, PIÇARRA, Nuno (ed.) *A Crise e o Direito*. Coimbra: Almedina, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *"A ordem econômica na constituição de 1988"*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____, Eros Roberto. *"Realismo e Utopia Constitucional"*. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coord). *Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 117/126.

GRIMM, Dieter. *"The protective function of the state"*. In NOLTE, Georg (Ed.). *European and US Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 137-155

HABERMAS, Jürgen. *"Direito e Democracia entre Factividade e Validade"*. Vol. I. 2 ed. Tradução de Flávio Bebo Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HAMILTON, Alexander. *"Federalist N^o. 78: The Judiciary Department"*. *The Federalist Papers*. The Judiciary Department. McLean's Edition. New York. Disponível em: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp. Acesso em 11/03/2018.

HART, Herbert L. A. *"O conceito de direito"*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HENKIN, Louis. *"Infallibility under law: constitutional balancing"*. *Columbia Law Review*, 78, no. 5, 1978, p. 1022-049.

HESPANHA, António Manuel. *"A revolução neoliberal e a subversão do "modelo jurídico". Crise, Direito e argumentação jurídica"*. In: *Revista do Ministério Público*, 130, 2012, p. 9 ss.

HESSE, Konrad. *"A força normativa da constituição"*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____, Konrad. *“Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha”*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOLMES/SUSTEIN. *“The Cost of Rights, why liberty depends on taxes”*. New York, 1999.

HUERTA OCHOA, Carla. *“Conflictos normativos”*. México: UNAM, 2003.

JORNAL NACIONAL. *“Em encontro, representantes dos Três Poderes discutem a reforma da Previdência”*. 16/03/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/03/16/em-encontro-representantes-dos-tres-poderes-discutem-a-reforma-da-previdencia.ghtml>. Acesso em 20/03/2019.

KELSEN, Hans. *“Teoria geral das normas”*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

_____, Hans. *“Teoria pura do direito”*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAPORTA, Francisco. *“Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema, in Constitución y Derechos Fundamentales”*. Madrid, 2004, p. 297 ss.

LARENZ, Karl. *“Derecho justo: fundamentos de ética jurídica”*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas. 1985

_____, Karl. *“Metodologia da ciência do direito”*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1997.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *“Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

LOPES, Pedro Moniz. *“Derrotabilidade normativa e normas administrativas”*. Lisboa: [s.n.], 2014. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Políticas), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2016.

LUCIANI, Massimo. *“La ‘costituzione dei diritti’ e la ‘costituzione dei posteri’ Noterelle brevi su un modelo interpretativo recorrente”*, in Studi in onore di Vezio Crisafulli (Le fonti normative e altri temi di vario diritto), II, Padova, 1985, p. 18.

LUHMANN, Niklas. *"Sociologia do direito"*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____, Niklas. *"Sociologia do direito"*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MADURO, Miguel Poiares; FRADA, António; PIERDOMINICI, Leonardo. *"A Crisis Between Crises: Placing the Portuguese Constitutional Jurisprudence of Crisis in Context"*. In: E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público, nº1, vol. 4, maio de 2017.

MAGALHÃES, Andréa. *"Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática"*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARANHÃO, Juliano. *"Positivismo jurídico lógico-inclusivo"*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARTELLO, Alexandro. *"No 5º ano seguido de rombo, contas do governo têm déficit de R\$120 bilhões em 2018"*. In: G1 Economia. 29 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/29/contas-do-governo-tem-rombo-de-r-120-bilhoes-em-2018.ghtml>. Acesso em 07/05/2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *"Regulação administrativa à luz da Constituição Federal"*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011

MEDEIROS, Rui. *"A jurisprudência constitucional portuguesa sobre a crise: entre a ilusão de um problema conjuntural e a tentação de um novo dirigismo constitucional"*, in: COUTINHO, Luís Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. (org) *O Tribunal Constitucional e a crise – Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p.263-288.

MEDINA, José Miguel Garcia. *"Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973"*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELO, Celso Bandeira de. *"Curso de direito administrativo"*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *"Estado de Direito e Jurisdição Constitucional: 2002-2010"*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *"Curso de Direito Constitucional"*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *“A decisão no controle de constitucionalidade”*. São Paulo: Método, 2008

MICHELMAN, Frank I. *“Traces of self-government”*. Harvard Law Review, v. 100, 1986.

MIRANDA, Jorge. *“Estado social, crise económica e jurisdição constitucional”*, sep. de Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. 55, nº 1-2. Lisboa: Coimbra Editora, 2014, p. 375-403, 2014.

_____, Jorge. *“Manual de Direito Constitucional”*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____, Jorge. *“Manual de Direito Constitucional”*. vol. IV. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

_____, Jorge. *“Da Revolução à Constituição: memórias da Assembleia Constituinte”*. Cascais: Princípia, 2015.

_____, Jorge. *“Curso de Direito Constitucional”*. vol. I. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

MORAIS, Carlos Blanco de. *“Curso de direito constitucional : a lei e os actos normativos no ordenamento jurídico português”*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____, Carlos Blanco de. *“Curso de Direito Constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social”*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014a.

_____, Carlos Blanco de. *“De novo a querela da ‘unidade dogmática’ entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de ‘exceção financeira’*. E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público, nº3, dezembro de 2014b, p. 22.

MORAIS, Fausto Santos de. *“Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal”*. São Leopoldo: Unisinos, 2013. 346p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: www.biblioteca.asav.org.br/vinculos/000006/000006DF.pdf. Acesso em 13/09/2016

MORRONE, Andrea. *“Constitutional courts and Economic Crisis”*. In: E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público, nº1, col. 4, maio de 2017.

MÜLLER, Friedrich. *“Direito linguagem violência: elementos de uma teoria constitucional”*. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____, Friedrich. *“Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?”*. In: Flávia Piovesan (Coord.). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 567-607.

_____, Friedrich. *“Metodologia do direito constitucional”*. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Friedrich. *“Teoria Estruturante do Direito”*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3 ed. rer. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

_____, Friedrich. *“O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes”*. Tradução de Ana Paula Barbosa-Fohrmann *et al.* 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

NAGEL, Robert. *“Constitutional Cultures: The Mentality and Consequences of Judicial Review”*. Berkeley: University of California Press, 1989.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *“Código de processo civil comentado”*. 16ª ed. rev., atual. ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira et al. (org.). *“Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *“As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____, Jorge Reis. *“Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais”*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

_____, Jorge Reis. *“Em defesa do Tribunal Constitucional – resposta aos críticos”*. Coimbra: Almedina, 2014.

NUNES, António Avelãs. *“A crise do Capitalismo: Capitalismo, Neoliberalismo e Globalização”*. 6ª ed., Lisboa: Página a página, 2013.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *“Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: o HC n. 82.424-2”*. In: *Constituição e estado social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 257/274.

OLIVEIRA, Nielmar. *“PIB fecha 2018 com crescimento de 1,1%, mostra IBGE”*. In: Agência Brasil. 28 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-02/pib-fecha-2018-com-crescimento-de-11-mostra-ibge>. Acesso em 07/05/2019.

PANSIERI, Flávio. *“Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia”*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAPPON, Thomas. *“Fifa confirma Brasil como sede da Copa do Mundo de 2014”*. BBC Brasil. 30 de outubro de 2007. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2007/10/071030_copa_brasil_dg.shtml. Acesso em 06/05/2019.

PASCUAL, Maribel González. *“Constitutional Courts before Euro-crisis law in Portugal and Spain; a comparative prospect”*. In: E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público, nº1, vol. 4, maio de 2017.

PETTIT, Philip. *“Republicanism: a theory of freedom and government”*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

PILATTI, Adriano. *“A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PINTO, Élide Graziane. *“Financiamento de direitos fundamentais: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real”*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). *“Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional”*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. (1976). VII Revisão Constitucional. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/legislacao/documents/constpt2005.pdf>. Acesso em 19/02/2019.

_____. Código Civil. 77^a versão. Lei n.º 13/2019, de 12/02. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=775&pagina=4&tab_ela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em 19/02/2019.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão 39/84. Relator Cons. Vital Moreira. Diário Oficial. Lisboa. 11 de abril de 1984.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 509. Relator Cons. Luís Nunes de Almeida. Diário Oficial. Lisboa. 19 de dezembro de 2002.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão 396. Relator Cons. Joaquim de Souza Ribeiro. Diário Oficial. Lisboa, 21 de setembro de 2011.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão 353. Relator Cons. João Cura Mariano. Diário Oficial. Lisboa, 05 de julho de 2012.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão 187. Relator Cons. Carlos Fernandes Cadilha. Diário Oficial. Lisboa, 05 de abril de 2013.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão 794. Relator Cons. Pedro Machete. Diário Oficial. Lisboa, 21 de novembro de 2013.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão 413. Relator Cons. Carlos Fernandes Cadilha. Diário Oficial. Lisboa, 30 de maio de 2014.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão 572. Relator Cons. Lino Rodrigues Ribeiro. Diário Oficial. Lisboa, 30 de julho de 2014.

POSNER, Richard A. *“Overcoming Law”*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

PULIDO, Carlos Bernal. *“El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales”*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

_____, Carlos Bernal. *“La racionalidad de la ponderación”*. In: CARBONELL, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 43-68.

QUEIROZ, Cristina. *“Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAWLS, John. *“Liberalismo Político”*. Tradução de Sergio Rena Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1995

RAZ, Joseph. *“Legal Principles and the Limits of Law”*. 81 Yale L.J. (1972). Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol81/iss5/2>. Acesso em 05/12/2018.

_____, Joseph. *“Practical Reason and Norms”*. Oxford: Oxford University Press, 1975.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *“O constitucionalismo dos princípios”*, in: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira. (org) *O Tribunal Constitucional e a crise – Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 69-103.

RIO GRANDE DO SUL, Brasil. Lei Estadual nº 9.908/93 de 16 de junho de 1993. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=14687&hTexto=&Hid_IDNorma=14687. Acesso em 05/10/2017.

ROSA, João Guimarães. *“Grande sertão: veredas”*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001

ROSE-ACKERMAN, Susan. *“Progressive Law and Economics. And the New Administrative Law”*. The Yale Law Journal. Vol. 98, nº 2. 1988.

ROSS, Alf. *“Direito e Justiça”*. Tradução de Edson Bini. Revisão técnica de Alysson Leandro Mascaro. Bauru/SP: EDIPRO, 2000

RUGGERI, Antonio. *“La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi”*. In: *Diritto e Società*, nº 1, p. 15

SAMPAIO, Jorge Silva. *“The Contextual Nature of Proportionality and Its Relation with the Intensity of Judicial Review”*. In: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; SMITH,

Steven D. (Editors) *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*. Springer International Publishing, 2015.

_____, Jorge Silva. "A comment on Maribel Gonzáles Pascual's paper 'Constitutional Courts before Euro-crisis Law in Portugal and Spain; a comparative prospect'". In: E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público, nº1, vol. 4, maio de 2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite. "Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais". Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANCHÍS, Luis Pietro. "Justicia constitucional y derechos fundamentales". Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado". Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org) "Direitos Fundamentais – orçamento e 'reserva do possível'". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. "Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações". In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org) *Direitos Fundamentais – orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-49.

_____, Ingo Wolfgang. "A eficácia dos Direitos Fundamentais". 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

_____, Ingo Wolfgang. "Breves notas sobre o regime jurídico-constitucional dos Direitos Sociais na condição de Direitos Fundamentais, com ênfase na "aplicabilidade imediata" das normas de direitos fundamentais e na sua articulação com o assim chamado mínimo existencial", in: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. (org) *Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 881-914.

SARMENTO, Daniel. "A ponderação de interesses na constituição federal". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

_____, Daniel. "Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais". Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

SCALIA, Antonin. "*The rule of law as a law of rules*". The University of Chicago Law Review, V. 56, n. 4, 1989.

SCHLINK, Bernard. "*The dynamics of constitutional adjudication*". Cardozo Law Review, v. 17, 1996.

SCHMITT, Carl. "*La tiranía de los valores*". Revista de Estudios Políticos, jan.-fev. 1961.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. "*Brasil: uma biografia*". 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SEN, Amartya. "*O Desenvolvimento como Liberdade*". Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, José Afonso da. "*Aplicabilidade das normas constitucionais*". 7ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____, José Afonso da. "*Curso de direito constitucional positivo*". 40ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. "*O Proporcional e o Razoável*". Revista dos Tribunais, v. 91, n. 798, 2002.

_____, Virgílio Afonso da. "*Princípios e regras, mitos e equívocos acerca de uma distinção*". Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1. 2003.

_____, Virgílio Afonso da. "*A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*". São Paulo: Malheiros, 2008

_____, Virgílio Afonso da. "*Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*". São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SINGER, André. "*O Lulismo em crise: Um quebra cabeça do período Dilma (2011-2016)*". 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SMITH, Steven D. *"The Constitution and the Pride of Reason"*. New York: Oxford University Press, 1998.

_____, Steven D. *"Judicial Activism and "Reason"*. In: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; SMITH, Steven D. (Editors) *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*. Springer International Publishing, 2015, p. 21-30.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *"Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *"O que é isto – decido conforme minha consciência?"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____, Lenio Luiz. *"Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica"*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

_____, Lenio Luiz. *"Verdade e Consenso"*. 5ª ed., rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014b.

_____, Lenio Luiz. *"Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito"*. 11ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c.

_____, Lenio Luiz. *"Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!"* Consultor Jurídico. 8 de janeiro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta> Acesso em 19/02/2019.

_____, Lenio Luiz. Art. 489. In _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.), *"Comentários ao Código de Processo Civil"*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 681-692.

SULLIVAN, Kathleen. *"The justices of rules and standards"*. Harvard Law Review, n. 22, 1992.

TARTUCE, Flávio. *"O novo CPC e o Direito Civil"*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

THE ECONOMIST. *"Brazil takes off"*. 12 de novembro de 2009. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2009/11/12/brazil-takes-off>. Acesso em 06/05/2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *et al.* “Novo CPC – Fundamentos e sistematização”. 3ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo (Org). “*Legitimação dos Direitos Humanos*”. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

_____, Ricardo Lobo. “*A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial*”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 01-46.

TORRES, Silvia Faber. “*Direitos sociais prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas*”. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TRIBE, Laurence H; DORF, Michael C. “*On Reading the Constitution*”. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. “*Debate sobre ponderação no Novo CPC e os perigos do decisionismo*”. Consultor Jurídico. 10 de janeiro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-10/diario-classe-debate-ponderacao-cpc-perigos-decisionismo>. Acesso em 19/02/2019.

TSAKYRAKIS, Stavros. “*Justice unrobed: Judicial review of austerity measures in Portugal*”. In: E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público, nº1, vol. 4, maio de 2017.

TUGENDHAT, Ernst. “*Lições sobre Ética*”. Tradução de Róbson Ramos dos Reis et al. 4ª edição. Petrópolis: Vozes. 1996.

URBANO, Maria Benedita. “*A jurisprudência da crise no divã. Diagnóstico: bipolaridade?*”. In: COUTINHO, Luís Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. (org) *O Tribunal Constitucional e a crise – Ensaio críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 9-48.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et al.* coord. “*Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

____, Teresa Arruda Alvim, et al. *“Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo”*. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *“El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”*. Tradução de Marina Gascón. 10ª edição. Madrid: Trotta. 2011.