



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

FLÁVIA DA SILVA OLIVEIRA

LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

JUIZ DE FORA
2010



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

FLÁVIA DA SILVA OLIVEIRA

LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso
(Monografia) apresentado à Universidade
Federal de Juiz de Fora, como requisito
parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: BRUNO STIGERT DE
SOUSA

JUIZ DE FORA
2010

FLÁVIA DA SILVA OLIVEIRA

**LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
(Monografia) apresentado à Universidade
Federal de Juiz de Fora, como requisito
parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Bruno Stigert de Sousa
Orientador

Prof. Abdalla Daniel Curi
Membro convidado

Prof. João Batista Barbosa Júnior
Membro convidado

“Vivemos numa sociedade em que existem grandes disparidades de riqueza. Milhões de pessoas estão vivendo em condições deploráveis de pobreza (...). Essas condições já existiam quando a Constituição foi adotada e um compromisso de lidar com elas e de transformar nossa sociedade em uma em que haverá dignidade humana, liberdade e igualdade, repousa no coração da nossa nova ordem constitucional.”

Eric C. Christiansen

AGRADECIMENTOS

Ao final de uma longa caminhada é hora de agradecer. Primeiramente à Deus, por me dar a vida, iluminar meus caminhos e fazer de mim mais que vencedora. Aos meus pais, pela confiança que sempre depositaram em mim, por acreditarem e investirem nos meus sonhos mesmo quando eu duvidava. Ao meu irmão, por ter colaborado com minha formação desde sempre. Ao Felipe, meu grande amor, por torcer tanto pelo meu sucesso e me incentivar a ir sempre mais longe. Ao professor Bruno Stigert, pela sua competência e brilhantismo, que foram determinantes para a realização deste trabalho, por ter sido mais que um orientador, tendo colaborado imensamente neste árduo caminho. Aos professores Abdalla e João Batista por terem aceitado fazer parte da minha banca. À todos os meus familiares e amigos, que dividiram comigo cada um dos meus sorrisos e lágrimas, mostrando que a amizade e o carinho são as maiores conquistas de um ser humano.

RESUMO

O presente trabalho aborda a legitimidade da jurisdição constitucional, verificando a importância da atuação da Suprema Corte Brasileira como instância apta a concretizar os direitos fundamentais. Apresenta as circunstâncias em que se fortaleceu a atividade da jurisdição constitucional. Analisa os modos de racionalizar a atuação do Supremo Tribunal Federal, utilizando os princípios instrumentais de interpretação constitucional e as figuras introduzidas pela Lei 9.868/99, do *amicus curiae* e da audiência pública. Busca desenvolver metodologias capazes de racionalizar as decisões proferidas pelo Supremo, dotando-as de legitimidade democrática, com preponderância do método da ponderação.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Legitimidade Democrática. Ponderação. Proporcionalidade. Interpretação Constitucional. Razoabilidade.

SUMÁRIO

Capítulo I – INTRODUÇÃO.....	7
1) Evolução Histórica.....	7
1.1) Marco Histórico.....	7
1.2) Marco Filosófico.....	7
1.3) Marco Teórico	8
2) Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo	10
3) Substancialismo e Procedimentalismo.....	11
4) A Legitimidade Democrática do Poder Judiciário.....	13
 Capítulo II	18
1) Nota Introdutória	18
2) Princípios Instrumentais de Interpretação Constitucional.....	19
3) Ponderação.....	22
4) Proporcionalidade e Razoabilidade.....	30
4.1) Proporcionalidade.....	31
4.2) Razoabilidade.....	34
5) Argumentação Jurídica	37
6) Os Contributos da Lei 9.868/99: a figura do <i>amicus curiae</i> e a audiência pública.....	39
 Capítulo III – ANÁLISE DE CASO DECIDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A PESQUISA COM CÉLULAS TRONCO EMBRIONÁRIAS.....	43
 CONCLUSÃO.....	48
 REFERÊNCIAS.....	50

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO

1) Evolução Histórica

1.1) Marco Histórico

O direito constitucional sofreu significativa evolução nas últimas décadas, tanto no contexto mundial quanto no brasileiro. O marco histórico foi o pós Segunda Guerra Mundial, principalmente na Alemanha e na Itália, onde iniciou-se o processo de transformação do direito constitucional, com a aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia.

No Brasil, foi com a Constituição Federal de 1988 e com a redemocratização que ela apoiou que começamos a experimentar uma nova forma de pensar e fazer o direito constitucional. Passamos de uma era ditatorial para um Estado Democrático de Direito, em que a Constituição deve ser observada e respeitada. Adquirimos um sentimento constitucional, de respeito pela Lei Maior¹.

1.2) Marco Filosófico

O marco filosófico do surgimento do novo direito constitucional é o pós-positivismo. Podemos caracterizá-lo como um meio termo entre o jusnaturalismo e o positivismo, como uma reaproximação entre a filosofia e o Direito.

O jusnaturalismo moderno, baseado em ideais de justiça e moral universalmente aceitos, foi sendo abandonado sob o argumento de que seria anti-científico. Em crescente aceitação no final do século XIX estava o positivismo jurídico, baseado no império das leis. Este modelo equiparou o Direito à lei, afastando a busca filosófica por

1 BARROSO, Luís Roberto, *In Temas de Direito Constitucional*, Tomo IV, Editora Renovar, 2009, p. 65.

ideais de justiça. Sua derrocada está associada a queda do nazismo na Alemanha e do fascismo na Itália, cujos regimes promoveram atrocidades perpetradas sob a proteção da lei.

O pós-positivismo surge então para ocupar o espaço deixado por estes modelos, que definitivamente não deram certo. Sua conceituação porém, ainda está inacabada, sendo certo que ele busca superar a legalidade estrita, não deixando contudo, de observar o direito positivado. Com o pós-positivismo desenvolveram-se conceitos como a atribuição de normatividade aos princípios, a busca por uma teoria de justiça, a renovação da argumentação jurídica, uma nova hermenêutica constitucional e principalmente, o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob o fundamento da dignidade humana².

1.3) Marco Teórico

As transformações que determinaram o marco teórico do novo direito constitucional são de três ordens, quais sejam: o reconhecimento da força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática para a interpretação constitucional.

O reconhecimento de que as normas previstas nas constituições são normas jurídicas, com caráter vinculante, cujo cumprimento é obrigatório, alterou significativamente o direito constitucional. Posto que o seu descumprimento - seja pelo Judiciário, Legislativo ou Executivo - passou a desencadear os mecanismos para cumprimento forçado da norma. Deixou a Constituição de ser uma carta de boas intenções direcionada aos Poderes Públicos.

A expansão da jurisdição constitucional iniciou-se com o modelo americano de supremacia da Constituição e com a

2 BARROSO, Luís Roberto, *In Temas de Direito Constitucional*, Tomo IV, Editora Renovar, 2009, p. 70.

constitucionalização dos direitos fundamentais, passando a sua proteção a ser dever do Judiciário. Como consequência dessa mudança de paradigma, foram criados em vários países, dentre eles Alemanha, Itália, Grécia e Espanha, cortes constitucionais, com a atribuição de exercer o controle de constitucionalidade. No caso brasileiro especificamente, foi com a Constituição Federal de 1988 que houve uma expressiva expansão da jurisdição constitucional, ante a criação de novos mecanismos do controle concentrado e também do aumento do rol de legitimados a propor essas ações constitucionais.

O desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional se deu porque a Constituição, ao ganhar força normativa, não mais se satisfazia com o modelo clássico de interpretação do direito (gramatical, teleológico, histórico e sistemático). Progrediu por isso, uma nova modalidade de interpretação jurídica, com metodologia e princípios próprios, que são: o da supremacia da Constituição; o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público; o da interpretação conforme a Constituição; o da unidade; o da razoabilidade e o da efetividade.

Essa nova interpretação constitucional garantiu tanto à norma quanto ao intérprete diversas atribuições dentro do processo interpretativo, assegurando ao juiz não apenas um papel mecânico de encontrar a solução para o caso concreto dentro das possibilidades elencadas pela norma, mas de participar de processo criativo do Direito, valorando os sentidos dados às cláusulas abertas e realizando escolhas dentre as soluções possíveis. À norma concebeu-se o papel de não conter necessariamente em seu relato abstrato a solução para o caso proposto, e sim de, numa grande parte das vezes, depender dos fatos do caso concreto para produzir a solução.

Como desenvolvimento da nova interpretação constitucional, surgiram diferentes categorias, que são as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

2) Neoconstitucionalismo e Pós-positivismo

O pós-positivismo é uma releitura do direito contemporâneo, tendo superado a divisão dicotômica entre direito e moral. Não há como dissociar este fenômeno do neoconstitucionalismo, tendo em vista ser nas constituições o endereço da maioria das normas dotadas de conteúdos morais, notadamente através dos princípios. Desta forma, vislumbram-se simultaneamente o desenvolvimento do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, ambos em busca de superar os paradigmas já ultrapassados do positivismo.

Com efeito:

“o ambiente filosófico em que floresceu o novo direito constitucional pode ser referido como pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem visões contrapostas para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostas, mas por vezes singularmente complementares. As demandas da sociedade e do espírito humano por segurança e objetividade, de um lado, e por legitimidade e justiça, de outro, levaram à superação dos modelos puros e abrangentes, produzindo um conjunto amplo e difuso de ideias, ainda em fase de sistematização.”³

É chamado de neoconstitucionalismo, não atentando-se aqui para as peculiaridades elencadas por cada autor, o novo papel que a Constituição passou a desempenhar no ordenamento jurídico. Este fenômeno, embalado pelas ideias pós-positivistas, alçou as normas constitucionais ao status de normas verdadeiramente jurídicas, com

3 BARROSO, Luís Roberto, “A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo”, *In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Lumen Juris Editora, 2009, p. 313.

irradiação de seus princípios por toda a ordem jurídica.

Dentro da embalagem “neoconstitucionalismo” desenvolveram-se vários fenômenos, conforme já explicitado acima, que são: o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e da sua importância na aplicação do Direito; o desenvolvimento da argumentação jurídica, baseada na ponderação de valores; a constitucionalização do Direito, com a irradiação dos valores constitucionais, principalmente aqueles relacionados aos direitos fundamentais, por todo o ordenamento jurídico; a reaproximação entre o Direito e a Moral, sobretudo na interpretação de normas de elevado teor axiológico; e por fim, a judicialização da política, com um significativo aumento da esfera de poder do Judiciário em detrimento dos poderes Executivo e Legislativo.

Nas palavras de Carbonell:

“princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei)”.⁴

3) Substancialismo e Procedimentalismo

É no contexto do “constitucionalismo brasileiro da efetividade”⁵

4 Miguel Carbonell apud ÁVILA, Humberto, *In “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”*.

5 Cláudio Pereira de Souza Neto apud CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, “Uma nova alternativa para o Direito Brasileiro: O procedimentalismo”, *In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Lumen

que houve uma abertura dos horizontes científicos na filosofia brasileira, dando espaço ao procedimentalismo, cujo expoente é Jürgen Habermas.

Defendem os procedimentalistas que em democracias tão plurais e diversificadas como as contemporâneas, não podem os limites da atuação legislativa serem definidos a partir de princípios substantivos, uma vez que concepções materiais a respeito dos mais variados temas podem não representar as expectativas dos grupos que compõem as sociedades. Para o procedimentalismo, as deliberações devem se manter abertas quanto ao conteúdo dos resultados. A única forma aceita como limitadora do embate democrático é o respeito às condições procedimentais que o legitimam. O papel da constituição neste modelo é subsidiário, vez que a lei maior serve apenas para garantir as condições procedimentais da democracia.

O substancialismo brasileiro, chamado por alguns de constitucionalismo dirigente ou comunitarista, determina ser função do Estado as tarefas positivas de promoção das prestações sociais e de fomento à atividade econômica dos mais necessitados, com a finalidade de redução das desigualdades econômicas e regionais. Para esta escola, a Constituição é uma ordem concreta de valores, com o princípio da dignidade da pessoa humana exercendo a função de elemento agregador da unidade axiológica da lei maior. Sendo que na resolução dos diferentes casos, é através da Ponderação que se consegue chegar ao princípio que deverá prevalecer, por ser aquele que mais promova a dignidade humana.

Ao contrário do procedimentalismo, para esta corrente a Constituição serve de parâmetro às deliberações legislativas, podendo um resultado, ainda que procedimentalmente perfeito, ser considerado inaceitável diante dos valores substanciais da Constituição.

4) A Legitimidade Democrática do Poder Judiciário

O avanço da atividade judiciária brasileira, especialmente em relação ao STF vem seguindo uma tendência mundial, verificada pelo grande número de decisões importantes para as sociedades que tem sido exaradas nas cortes constitucionais. Nota-se um fortalecimento da autoridade do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais do Judiciário em detrimento da política e dos parlamentos.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que:

“É certo, contudo, que países de democratização tardia ou de redemocratização recente precisam do modelo que foi celebrado e exportado, a despeito de suas idealizações. Nesses países, como regra, o processo político majoritário não consegue satisfazer plenamente as demandas por legitimidade democrática, em razão das distorções históricas na distribuição de poder e de riquezas. Nesse cenário, melhor do que a vocação autoritária do Executivo ou a baixa representatividade do Legislativo é a atuação equilibrada e independente dos tribunais constitucionais. Na medida em que consigam escapar da captura pela política ordinária, cabe a eles o papel de garantidores da estabilidade institucional e dos avanços sociais possíveis.”⁶

Existem várias correntes doutrinárias que buscam explicar esse fenômeno, dentre as quais destaco a seguida por muitos constitucionalistas, como José Joaquim Gomes Canotilho⁷, que expõe

6 BARROSO, Luís Roberto, “A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo”, *In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Lumen Juris Editora, 2009, p. 345.

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *In Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra Editora, 2001.

como justificativa ao aumento da autoridade do judiciário o avanço das constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade. O fato de a Constituição ter se tornado o centro do ordenamento jurídico, irradiando seus valores por todo o sistema legal, principalmente por meio da jurisdição constitucional, faz com que todo ato, legislativo ou político, seja confrontado com a vontade constitucional. As ferramentas que a sociedade organizada tem para exigir o cumprimento dos ditames constitucionais, tanto no controle concentrado quanto no difuso, ocorrem em relação às prestações positivas do Estado e também em relação às abstenções para que os direitos se vejam realizados. Quanto maior o rol de direitos que a Constituição Federal enumere maior será o número de ações judiciais objetivando seu cumprimento.

Analisando a questão de as constituições terem se tornado cada vez mais ambiciosas, trazendo em seu texto um grande número de direitos e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a decisão sobre a maneira de implementar a vontade constituinte, verifica-se o fortalecimento do papel do judiciário, principalmente o constitucional, legitimando-o a atuar na guarda da constituição. Nesse sentido, Oscar Vilhena Vieira, para quem “a hiperconstitucionalização da vida contemporânea é, no entanto, decorrência da desconfiança na democracia e não a sua causa”.⁸

Especificamente no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal atua na defesa de uma constituição que trata sobre um vasto número de temas, fazendo com que praticamente todas as matérias tenham status constitucional. Além desse ponto, tem-se ainda a crise de credibilidade das instituições executivas e legislativas, cujas formações são democraticamente decididas, elevando ainda mais o papel exercido pelo Supremo no controle de políticas públicas, econômicas e sociais.

8 VIEIRA, Oscar Vilhena, “Supremocracia”, *In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Lumen Juris Editora, 2009, p. 485.

Nota-se, diante das constatações feitas acima, que a crescente importância da nossa corte constitucional não se deve apenas a um fator, mas a um somatório de questões, e principalmente que esta não foi uma escolha da corte, mas do nosso poder constituinte originário, que ao tratar sobre os mais variados temas e dotar o Supremo Tribunal Federal de poder para guardá-la, realizou a chamada constitucionalização do direito.

Para denominar o arranjo institucional brasileiro do Supremo, Oscar Vilhena Vieira o titulariza de “Supremocracia”⁹, dando ao termo dois sentidos. Num deles, expressa o poder da corte em relação às demais instâncias do judiciário. Este poder pode ser verificado com a adoção das súmulas vinculantes, dotando a corte suprema de métodos para obrigar o judiciário como um todo (juízes e tribunais) a cumprir aquilo que foi decidido pelo STF. O outro sentido refere-se à relação da corte constitucional com os demais poderes, uma vez que tem sido chamada a rediscutir questões tratadas pelos órgãos representativos, validando e legitimando uma decisão majoritária, ou ainda, substituindo-a, numa clara atuação como órgão constituinte reformador.

Conforme dispõe Eros Roberto Grau:

“A constitucionalidade da norma, em sentido lato, consubstancia um conceito formal, enquanto a legitimidade reflete um conceito material. Em outras palavras, a legitimidade é um *plus* em relação à compatibilidade da norma com o texto constitucional: reflete um relacionamento racional entre o comando emitido e um referencial de aceitação, como o consenso da coletividade.”¹⁰

9 VIEIRA, Oscar Vilhena, “Supremocracia”, *In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Lumen Juris Editora, 2009, p. 487.

10 Eros Roberto Grau apud GARCIA, Emerson, “Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática”, *In Leituras Complementares de Constitucional*, Editora JusPodivm, 3ª Edição, 2010, p. 70.

Como o STF não é composto de membros escolhidos por processos majoritários, tendo em vista seus ministros não serem eleitos, a corte tem buscado meios de democratizar suas decisões, ouvindo todos os segmentos da sociedade antes de tomá-las, principalmente nos casos difíceis, com grande repercussão para toda a população brasileira. Como exemplo desse esforço para dar legitimidade às suas decisões, podemos citar a figura do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas.

Percebe-se, em suma, que o Supremo Tribunal Federal ocupa hoje no judiciário brasileiro um papel muito relevante, não apenas como órgão revisor das decisões tomadas nas instâncias inferiores, mas principalmente como guardião dos valores explicitados na Constituição Federal de 1988, fazendo com que a vontade constitucional seja verdadeiramente cumprida, e os direitos nela previstos sejam usufruídos pela população.

O objetivo do presente estudo, no entanto, não é apresentar os motivos que fizeram do STF a corte mais importante do nosso Estado Democrático de Direito, nem suas múltiplas funções, e sim buscar modos de racionalizar a sua atuação, notadamente quanto às decisões que envolvam a efetivação dos direitos fundamentais.

Esclarecendo, para tanto, que a posição que aqui será defendida é no sentido de concordar com a intervenção da corte constitucional brasileira, principalmente porque boa parte de sua atuação se dá em virtude da crise de representatividade dos demais poderes, e também pela incumbência constitucional de guardar os valores traçados pela Lei Maior.

CAPÍTULO II

1) Nota Introdutória

A atividade interpretativa da corte constitucional é muito maior do que aquela experimentada pelos demais órgãos do judiciário, tendo em vista o fato de que a constituição tem conceitos muito mais abertos, com cargas valorativas fortes, sendo fruto de disputas políticas, sociais e econômicas. É realidade que as normas contidas na nossa Constituição Federal, muitas vezes, têm caráter extrajurídicos, deixando ao intérprete o ônus de determinar na solução de um caso difícil qual o sentido da norma.

Com efeito, Oscar Vilhena Vieira afirma que:

“as expressões centrais de uma Constituição são objeto não de consenso, mas de disputas seculares. A adoção de um princípio constitucional como o *liberal* ou *social* não transforma essas expressões políticas em expressões técnico-jurídicas, neutralizando o seu significado, assim como não encerra a disputa política sobre a natureza e direção do pacto político firmado pela comunidade no processo constituinte. Simplesmente transfere para a esfera de aplicação da Constituição a disputa sobre o *verdadeiro* valor desses princípios.”¹¹

O que não significa todavia, que é permitido a corte constitucional decidir discricionariamente, conforme a vontade de seus integrantes, ante a existência de princípios balizadores da vontade formadora da Constituição Federal de 1988. Ainda que um caso concreto tenha como solução diversos caminhos, não caberá ao

11 VIEIRA, Oscar Vilhena, *In A Constituição e sua reserva de Justiça*, Malheiros Editores, 1999, p. 194.

juiz decidir por suas convicções pessoais qual o caminho a seguir. Ao contrário, estará ele cercado por princípios que o guiarão na sua escolha, bem como deverá justificá-la racionalmente, tendo um aumento no ônus argumentativo.

Nesse sentido, leciona Oscar Vilhena Vieira:

“As Constituições são compostas por diversos dispositivos com pretensão normativa. Para serem aplicados, no cotidiano dos tribunais, também precisam ser interpretados. Os dispositivos que compõem as Constituições, no entanto, muitas vezes se afastam do padrão encontrado no direito ordinário. Isso faz da interpretação constitucional um processo mais complexo do que aquele aplicado à legislação comum. Sendo a Constituição documento que busca regular o todo – diferente de leis ordinárias, que tem finalidades específicas-, certamente estará obrigada a se utilizar de termos mais genéricos que as demais normas jurídicas. Isso, de partida, já coloca o intérprete constitucional numa posição ainda mais difícil que a dos demais operadores do Direito.”¹²

2) Princípios Instrumentais da Interpretação Constitucional

Conforme já foi exposto, a Constituição ganhou força normativa nas últimas décadas, fazendo que com suas normas fossem elevadas ao *status* de normas jurídicas, com o atributo da imperatividade. Todavia, a despeito de serem normas jurídicas, os elementos clássicos da interpretação, que são o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico não se mostraram capazes de solucionar todos os conflitos entre as normas constitucionais, fazendo surgir novos

12 J. H. Meirelles Teixeira apud VIEIRA, Oscar Vilhena, *In A Constituição e sua Reserva de Justiça*, Malheiros Editores, p. 193.

princípios que melhor se adequavam a realidade das normas de origem constitucional.

Antes de adentrar no estudo desses princípios é necessário se fazer uma anotação a respeito da nomenclatura. A utilização do nome princípios mais se reporta a ideia de precedência desses mandamentos ao intérprete do que propriamente ao seu conteúdo. São assim chamados por serem premissas metodológicas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução que será dada ao caso proposto.¹³

Os princípios instrumentais que serão desenvolvidos a seguir são: o da supremacia da Constituição; o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público; o da interpretação conforme a Constituição; o da unidade; o da razoabilidade e o da efetividade.

A Constituição tem posição hierárquica superior as demais normas do sistema jurídico, prevalecendo sobre o processo político majoritário, porque é fruto de uma vontade especial da população, em uma conjuntura própria, que é o *momento constitucional*¹⁴. Assim, em virtude da *supremacia da Constituição*, nenhuma lei ou ato normativo que a afronte poderá subsistir validamente. Para garantir que as normas constitucionais condicionem a validade e o sentido das demais normas do sistema jurídico existem mecanismos de controle de constitucionalidade, que são a via incidental, em que qualquer juízo pode deixar de aplicar uma norma por entender que esta se encontra em desacordo com a Constituição, ou ainda o controle por via principal, em que algumas pessoas são legitimadas (artigo 103 da Constituição Federal) para propor uma ação direta no Supremo Tribunal Federal, na qual se discutirá a constitucionalidade ou

13 BARROSO, Luís Roberto, *In Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Parte II, Capítulo III, 2ª Edição, Editora Saraiva, 2010, p. 299.

14 BARROSO, Luís Roberto, *In Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Parte II, Capítulo III, 2ª Edição, Editora Saraiva, 2010, p. 300.

inconstitucionalidade em tese de lei ou ato normativo.

No que diz respeito ao *princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos*, deve-se ter em conta que não é apenas o poder judiciário quem interpreta a Constituição - apesar de ser dele a palavra final - uma vez que tanto o legislativo (ao criar leis) quanto o Executivo (ao promover políticas públicas) estão buscando realizar os fins constitucionais, devendo seus atos serem dotados de presunção de constitucionalidade. Desta forma, sempre que for possível resguardar os atos desses poderes da declaração de inconstitucionalidade, o judiciário deverá fazê-lo, buscando uma tese jurídica razoável para preservar a norma, ou ainda decidindo a questão por outro fundamento, para que se evite a invalidação da norma.¹⁵

Outro modo de se evitar a declaração de inconstitucionalidade das normas é realizando uma *interpretação conforme a constituição*, em que verifica-se que uma determinada interpretação é inconstitucional, mas que as demais formas de interpretar aquele texto normativo são constitucionais, excluindo-se - para manter a norma - aquela interpretação inconstitucional (é a chamada declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto). Ainda compõe esse princípio a interpretação das normas infraconstitucionais da forma que mais obedeçam aos ditames da Lei Maior.

O princípio da *unidade* da Constituição consubstancia a ideia de que as normas constitucionais não tem hierarquia entre si, não podendo haver prevalência de uma sobre as demais. Sendo a Constituição um documento dialético, fruto de debate e da composição política de uma determinada época, abriga em seu corpo interesses contrapostos, que precisarão ser compatibilizados quando

15 BARROSO, Luís Roberto, *In Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Parte II, Capítulo III, 2ª Edição, Editora Saraiva, 2010, p. 301.

entrarem em rota de colisão. Deste modo, impõe que se encontre uma forma de harmonizar tais conflitos, promovendo o máximo possível de cada um dos bens jurídicos tutelados.

Os princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* serão analisados adiante, em virtude da grande importância que alcançaram na dogmática jurídica contemporânea.

A teoria clássica dos atos jurídicos (incluindo as normas jurídicas) realiza uma análise destes atos em três planos distintos: da existência, da validade e da eficácia. No entanto, ganhou força nos últimos tempos o *princípio da efetividade* das normas constitucionais, formando um quarto plano de análise das normas, que determina ao intérprete constitucional que percorra os caminhos interpretativos que mais realizem os direitos tutelados pela Constituição, “fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados.”¹⁶

3) A Ponderação

Diante dos inúmeros casos em que as regras da hermenêutica tradicional não são capazes de apontar as soluções, a técnica da ponderação vem se destacando. No entanto, esta técnica não tem conteúdo pré determinado, sendo utilizada de formas variadas dependendo de quem seja o intérprete. Portanto, é necessário ao menos desenvolver uma metodologia para a forma de aplicação da ponderação, objetivando reduzir as arbitrariedades do julgador bem como vinculá-la à ordem jurídica. Deve-se criar mecanismos para dar maior juridicidade e racionalidade as soluções desenvolvidas pela ponderação. Notadamente, quando está se tratando das decisões emanadas pela corte constitucional brasileira, por dois motivos: em

16 BARROSO, Luís Roberto, *In Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Parte II, Capítulo III, 2ª Edição, Editora Saraiva, 2010, p. 306.

razão do grande número de afetados por aquela decisão (efeitos poderão se irradiar sobre todos os jurisdicionados); e em virtude dos conteúdos das decisões, quando se tratar de direitos fundamentais institucionalizados por nosso estado democrático de direito.

Na doutrina brasileira existem pelo menos três maneiras distintas de entendimento da ponderação, que são resumidamente: a ideia de que a ponderação é uma forma de aplicação dos princípios, encabeçada por Dworkin e Alexy; a ideia de que a ponderação é um meio de solucionar quaisquer litígios, utilizando-a como um sopesamento dos elementos em conflito para se atingir a solução mais adequada; e por fim a ideia de que a ponderação serve para avaliar não apenas os enunciados normativos, mas todas as razões e argumentos relevantes na interpretação jurídica. Não serão utilizados nenhum desses conceitos acima descritos.

A ponderação será entendida aqui como a “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”¹⁷.

Para que a utilização da ponderação se de da maneira mais objetiva, será desenvolvido neste trabalho um modelo da metodologia de sua aplicação, que se subdivide em três etapas.

Na primeira etapa deverão ser identificados os enunciados normativos cujos conflitos não foram solucionados pelas técnicas tradicionais da hermenêutica. Importante salientar que se trata dos enunciados e não das normas resultantes dos mesmos e também que os interesses envolvidos no conflito só poderão ser considerados caso estejam amparados por dispositivos normativos, ainda que de forma implícita. Após essa identificação, os enunciados normativos deverão ser agrupados de acordo com as soluções que apontem.

Na segunda etapa deverão ser examinadas as circunstâncias

17 BARCELLOS, Ana Paula de, “Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional”, *In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Editora Renovar, 2007, p. 262.

concretas do caso que serão relevantes e suas repercussões sobre os enunciados normativos. A análise dos elementos do caso se subdivide em dois momentos, quais sejam: a escolha pelo intérprete das circunstâncias que são relevantes no caso e a determinação de quais as influências que essas circunstâncias terão sobre os enunciados já identificados.

Para se considerar uma circunstancia fática relevante pode-se valer de dois fundamentos, sendo que o primeiro deles é fornecido pelo senso comum da sociedade, baseado em sua formação histórica e política. Já o segundo leva em conta a existência de disposições normativas que elejam um fato como relevante. Independente de qual tenha sido o fundamento utilizado para se chegar aos fatos relevantes do caso concreto, será imprescindível que esta escolha esteja justificada.

Após a determinação das circunstâncias relevantes, deverá se proceder a análise da repercussão destas nos enunciados normativos, para que se chegue as possíveis soluções do caso, bem como a importância que cada solução terá (seu peso). Neste ponto, poderão ser identificadas características do caso concreto que determinem a sobreposição de um enunciado normativo sobre os demais, chegando-se a uma solução. Pode também ser verificado que uma certa solução implica em menor restrição que as demais, devendo esta ser utilizada. A título de exemplo, ilustra a autora Ana Paula de Barcellos:

“Imagine-se que um indivíduo, assistindo a uma sessão do Plenário do Senado Federal, sofre uma crise de epilepsia grave. A imprensa pretende divulgar o ocorrido e o indivíduo deseja impedir a divulgação, alegando a proteção de sua intimidade. Vejam-se que não existem apenas as opções de *divulgar* e *não divulgar* o ocorrido. No bojo da solução que autoriza a divulgação, há diversas possibilidades: (i) a história

pode ser descrita sem referencia ao nome da pessoa e sem imagens que possam identificá-la, (ii) a história pode referir o nome do indivíduo, mas sem a utilização de imagens, e (iii) por fim, a empresa de comunicação pode divulgar a história, referindo o nome do envolvido e ilustrando com imagens. Por isso mesmo, nesta segunda fase, e sempre que isto seja possível, o intérprete deverá cogitar de todas as possibilidades fáticas por meio das quais as diferentes soluções indicadas pelos grupos normativos da primeira fase podem ser realizadas, desde a que atende mais amplamente às suas pretensões, até a que as restringe de forma importante.”¹⁸

Na terceira fase se verificarão os grupos de enunciados normativos, as normas produzidas a partir desses enunciados, os pesos dados a essas normas em função dos fatos que foram considerados relevantes, chegando-se a decisão. É esta a fase mais complexa de todo o processo ponderativo, uma vez que as soluções não se encontram prontas ao final das duas fases anteriores. Ao contrário, é aqui que o intérprete deve se pautar em parâmetros jurídicos para motivar sua decisão. É imprescindível que o julgador oriente sua decisão levando em conta diretrizes gerais, tais como a pretensão de universalidade da decisão, que impõe ao intérprete a utilização de uma argumentação universal, que seja compreensível racionalmente por todos dentro de um sistema jurídico, e ainda que a solução dada ao caso possa ser aplicada aos casos semelhantes. Outra diretriz que o julgador deve seguir é alcançar a concordância prática dos enunciados em conflito, ou seja, deve buscar a decisão que produza a menor restrição possível sobre a maioria dos enunciados

18 BARCELLOS, Ana Paula de, “Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional”, *In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Editora Renovar, 2007, p. 275/276.

em disputa. Não poderá deixar de analisar também se a decisão a que ele chegou não agride o núcleo dos direitos fundamentais, entendido este como a parte inviolável do direito, que se for atingida deixará esvaziar seu sentido essencial. Admite-se a restrição ou conformação dos direitos fundamentais, até porque seus conteúdos não decorrem diretamente dos enunciados normativos, não sendo aceitável contudo, sua limitação a ponto de esvaziá-lo de conteúdo.

Como já foi explicitado, a ponderação não tem conteúdo definido, sendo que todas as etapas de seu processo servem apenas para garantir racionalidade as escolhas que serão feitas pelo julgador. Para tanto, deverão ser observados parâmetros jurídicos, sendo que neste estudo cuidaremos apenas de dois desses parâmetros, que são úteis na grande maioria dos conflitos.

O primeiro parâmetro geral pode ser assim descrito:

“diante de uma situação que exija o emprego da ponderação, as regras (constitucionais e infraconstitucionais) têm preferência sobre os princípios (constitucionais e infraconstitucionais).”¹⁹

Para se explicar esse parâmetro, primeiro é preciso lembrar a estrutura dos princípios e das regras. Os princípios estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem que necessariamente explicitem os modos de se chegar a esses fins, enquanto as regras descrevem comportamentos, determinam a produção de certos efeitos, sem se atentar diretamente aos fins que as condutas pretendem realizar. Os princípios são descritos como formados por dois círculos concêntricos, sendo que no círculo menor se encontra o núcleo essencial do direito, que não poderá ser afastado

19 BARCELLOS, Ana Paula de, “Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional”, *In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Editora Renovar, 2007, p. 281.

sob pena de esvaziá-lo. Este núcleo, para o fim que se pretende aqui, tem natureza de regra, ou seja, não poderá ser afastado em caso de ponderação. Já o espaço intermediário entre os círculos é a parte que poderá sofrer conformação através da ponderação.

A repercussão dessa constatação é a de que toda vez que houver colisão entre um princípio e uma regra - incluindo-se a parte nuclear dos princípios - é este quem deverá ceder, uma vez que as regras não foram feitas para serem ponderadas, o que em última análise pode gerar a sua não aplicação. Assim, sempre que a colisão entre enunciados resultar no embate entre regras e princípios, somente poderão ser objeto da ponderação os princípios.

Outra questão importante quanto à aplicação de regras e princípios, de natureza substancial, é a harmonia entre a segurança jurídica, a previsibilidade e a estabilidade das relações sociais e a justiça. Esses enunciados normativos geram valores diversos, ou seja, enquanto as regras contribuem para garantir maior segurança jurídica, reduzindo a discricionariedade do julgador, os princípios garantem maior âmbito de liberdade, possibilitando que a justiça seja realizada no caso concreto. Entretanto, quanto maior for a liberdade que o intérprete tiver para solucionar o conflito, maior também será a chance de arbítrio. Esse equilíbrio entre segurança e justiça é a harmonia de um sistema jurídico, tendo os princípios e regras importância fundamental.

Outra importância dos princípios e regras é tratado por Ana Paula de Barcellos:

“Afora essa relação geral entre princípios e justiça e entre regras e estabilidade/segurança, comum a todo o sistema jurídico, é possível visualizar outra relação de natureza substancial, mais específica, própria do ambiente constitucional. Uma Constituição rígida e democrática procura realizar ao menos dois propósitos

gerais: (i) estabelecer determinados consensos mínimos e colocá-los a salvo (ou protegê-los) das deliberações majoritárias; e (ii) preservar as condições para o desenvolvimento do pluralismo político, de modo que o povo, em cada momento histórico, possa fazer as escolhas que entender por bem.”²⁰

Nesse ponto a Autora toca numa questão valiosa para o direito constitucional e sua metodologia de interpretação, ressaltando que os direitos fundamentais (notadamente garantidos por princípios) têm um consenso mínimo, uma parte que não pode ser rejeitada sob pena de esvaziá-lo por completo, mas há também um certo âmbito de liberdade na interpretação desses direitos, uma vez que seus conteúdos poderão variar de acordo com o momento histórico, político e cultural que estejamos vivendo. E é importante que seja desta forma, para que as Constituições não se tornem leis ultrapassadas e sim sejam capazes de se ajustar à sociedade que estão regendo.

O outro parâmetro geral pode ser descrito da seguinte forma:

”a norma que de forma direta promova e/ou proteja a dignidade humana deve ter preferência sobre outra norma que apenas indiretamente está associada com a proteção ou promoção da dignidade humana.”²¹

Este parâmetro deve ser utilizado na terceira etapa do raciocínio ponderativo, tendo em vista que sua matéria-prima são as normas produzidas através dos enunciados normativos, que só são

20 Cláudio Ari Mello apud BARCELLOS, Ana Paula de, “Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional”, *In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Editora Renovar, 2007, p. 285.

21 BARCELLOS, Ana Paula de, “Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional”, *In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Editora Renovar, 2007, p. 286/287.

elaboradas ao final da segunda fase. Apenas depois de verificadas as diferentes soluções apontadas pelas normas em conflito, não solucionadas sob a perspectiva do primeiro parâmetro (preferência das regras sobre os princípios) é que se utilizará este método. Tendo como justificativa a importância de se garantir a dignidade humana, que foi elevada a fundamento da República Federativa do Brasil, conforme inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, sendo portanto motivação última da atuação jurisdicional.

“O princípio da *dignidade da pessoa humana* identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. Embora existam visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio, há razoável consenso de que ele inclui pelo menos os direitos a renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça.”²²

22 BARROSO, Luís Roberto, BARCELLOS, Ana Paula de, “O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”, *In Interpretação Constitucional*, Malheiros Editores, 2005, p. 310/311.

Este método interpretativo desenvolvido pela professora Ana Paula de Barcellos é um dos mais indicados para a solução dos casos complexos que se apresentam no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista retirar dos julgadores a possibilidade de decidir por razões pessoais, ainda que consigam justificar racionalmente. É sobretudo para que as soluções dadas aos casos concretos não sejam a marca registrada da personalidade e das convicções de cada ministro, mas sejam, ao contrário, fruto do desenvolvimento de uma racionalidade ponderativa que visa obter as melhores soluções para o nosso sistema jurídico, resguardando os direitos que a Lei Maior elegeu como fundamentais.

Não podemos vislumbrar o julgador como isento de pré-juízos, é necessário, ao revés, saber que eles são inevitáveis, e por isso devemos tomar consciência deles, ainda que não consigamos identificá-los especificamente, para que possamos controlar as razões utilizadas para decidir os casos que se apresentarem diante desses juízes.²³

4) Proporcionalidade e Razoabilidade

Além da ponderação, também deverão ser utilizadas, como meios de se atingir as decisões mais justas e conforme os ditames constitucionais, a proporcionalidade e a razoabilidade.

Apesar das divergências doutrinárias acerca da utilização dos dois vocábulos como similares, não se pode negar que ambos remetem à ideia de justiça material, de moderação e de racionalidade, servindo como parâmetro da legitimidade constitucional das decisões judiciais, dos atos administrativos discricionários e das leis. Na doutrina e na jurisprudência brasileiras há uma forte tendência em conceber os dois

23 CAMARGO, Margarida Lacombe, "A Nova Hermenêutica", *In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Lumen Juris Editora, 2009, p. 370.

princípios como categorias intercambiáveis.²⁴ As origens destes princípios são diversas, tendo a razoabilidade surgido no direito anglo-saxão (norte americano) ligada à noção de devido processo legal material e com a função de aferir a constitucionalidade das leis. Enquanto a proporcionalidade surgiu no direito administrativo europeu, tendo sido transposta para o direito constitucional através da produção jurisprudencial da Corte Constitucional Alemã, que lhe conferiu um perfil analítico e sistemático, ligando-a ao problema da limitação dos direitos fundamentais. Foi no direito germânico que o princípio da proporcionalidade se decompôs nos três subprincípios, a saber: adequação; necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para os fins deste estudo se designará por proporcionalidade a ideia tripartite germânica e por razoabilidade os conceitos referentes a outros juízos de ordem substantiva, que não se restringem a análise da relação de meios e fins.

4.1) Proporcionalidade

A proporcionalidade é amplamente designada como princípio, no entanto há diversas críticas quanto a essa denominação. Para autores como Alexy²⁵, este imperativo deverá ser entendido como “máxima da proporcionalidade”, uma vez que não se trata de comandos de otimização (assim como os princípios, que aceitam observância em diferentes graus) e sim de uma máxima formada por três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) que devem ser tratadas como regras. Há autores que entendem ser a proporcionalidade um “postulado normativo aplicativo”, explicando que se trata de uma “metanorma ou norma de

24 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, “Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade”, *In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Editora Renovar, 2007, p. 157.

25 Robert Alexy apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, “Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade”, *In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Editora Renovar, 2007, p. 167.

segundo grau”²⁶, atuando como estrutura para aplicação de outras normas – são modos de raciocínio e de argumentação em relação a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.

A par dessas discussões quanto à nomenclatura do dever de proporcionalidade, não se pode negar a sua importância nas decisões que envolvam limitações de direitos fundamentais, devendo nosso estudo se ater a análise das suas três dimensões.

O subprincípio da *adequação* “exige que toda restrição aos direitos fundamentais seja idônea para o atendimento de um fim constitucionalmente legítimo.”²⁷ É imprescindível, desta forma, que a restrição ao direito atenda a um fim constitucionalmente legítimo e que se consubstancie em um meio adequado a obtenção desse fim.

Não se trata de uma análise simples, mas de extrema relevância para o processo de justificação das decisões, uma vez que serão verificados: (i) se a restrição imposta ao direito fundamental visa ao atendimento de uma finalidade constitucional, ou seja, se o resultado alcançado com a restrição encontra-se respaldado na Lei Maior (o que poderá ser confirmado quando a Constituição determinar tal finalidade ou quando não proibir que se alcance este fim); (ii) se o meio utilizado é o adequado para se chegar ao fim pretendido, o que significa dizer que será verificado se o meio empregado coopera para materializar o fim almejado.

Nesta análise, serão entendidos como meios legítimos aqueles que de alguma forma colaborem para que se atinja o fim esperado, não sendo necessário que o meio empregado seja o que de forma completa determine o fim pretendido.²⁸

26 Humberto Bergmann Ávila apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, “Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade”, *In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Editora Renovar, 2007, p. 167.

27 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, “Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade”, *In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Editora Renovar, 2007, p. 168/169.

28 Jane Reis Gonçalves Pereira explicita que existem inúmeras versões doutrinárias do subprincípio da adequação, que diferem “quanto à exigência de que o atendimento ao requisito da adequação apresente-se em maior ou menor escala.” Cita a classificação de Laura Clérico, que faz referência a duas variantes do subprincípio: uma versão débil e uma versão forte. De acordo com essa distinção, o conceito forte de

Outro subprincípio da proporcionalidade é a *necessidade*, que se caracteriza como sendo a obrigatoriedade de escolha da medida restritiva menos lesiva aos direitos fundamentais. Significa dizer que deverá ser analisado qual dos meios é o que menos onera os direitos conflituosos. Nas palavras de Jellinek: “*não se abatem pardais com canhões*”.²⁹

Podemos estabelecer duas fases do exame da necessidade: na primeira serão verificados se os meios escolhidos são igualmente adequados a consecução dos fins, e em segundo será perquirido se existe algum meio que afete em menor escala os direitos fundamentais.

A terceira etapa do processo de análise da proporcionalidade objetiva verificar se o grau de implementação de um dos princípios colidentes justifica a restrição que será imposta aos demais. Em outras palavras, para a *proporcionalidade em sentido estrito* “é preciso determinar se o atendimento à finalidade buscada pela medida restritiva compensa os prejuízos que desta advenham para os direitos fundamentais.”³⁰ No sopesamento dos princípios relevantes no caso concreto será determinada uma *relação de precedência condicionada*³¹, tendo em vista que a prevalência do princípio que será aplicado na solução não é válida para todos os casos, mas apenas para aquelas circunstâncias concretas. Este raciocínio, chamado de *lei da ponderação*³², foi desenvolvido pela Corte Constitucional Alemã e sintetizado por Robert Alexy da seguinte forma: “Quanto

adequação será atendido quando se utilizar um meio totalmente eficaz para atingir o fim pretendido, ou seja, se o meio for apto a realizá-lo plenamente. Para a concepção débil da adequação, que é a mais utilizada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, a restrição será idônea desde que contribua de alguma forma para o atendimento do fim pretendido, ainda que o atinja apenas parcialmente.

29 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, “Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade”, *In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Editora Renovar, 2007, p. 185.

30 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, “Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade”, *In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Editora Renovar, 2007, p. 194.

31 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, “Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade”, *In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Editora Renovar, 2007, p. 198.

32 Não podemos confundir este conceito de ponderação (que traduz uma forma de sopesamento dos diversos princípios na busca de se achar a melhor solução para o caso concreto) com o método de ponderação que foi explicitado nas páginas acima.

maior for o grau de afetação ou de não satisfação de um dos princípios, maior deve ser a importância da satisfação do outro.”³³

Um exemplo da utilização dessa ponderação decorrente da proporcionalidade em sentido estrito:

“Trata-se da conhecida decisão sobre a inconstitucionalidade de exigência contida em lei estadual no sentido de que, na venda de botijões de gás, estes deveriam ser pesados à vista do consumidor, calculando-se o preço de acordo com a quantidade exata de gás nele contida. Estavam em confronto, no caso, o princípio da livre iniciativa – restringido pela determinação legal de pesagem dos botijões - e o princípio da proteção do consumidor, cuja realização era visada pela lei restritiva. Um dos argumentos utilizados pelo Tribunal para fundamentar a decisão de inconstitucionalidade foi o de que a medida implementada pela lei em questão era excessivamente onerosa quando comparada aos duvidosos efeitos que traria para a realização do princípio da proteção ao consumidor.”³⁴

4.2) Razoabilidade

A razoabilidade, conforme já foi dito, tem conteúdo mais abstrato, com diferentes nuances dadas pelos autores que a explicam. Assim, pode-se dizer que existem outras pautas de controle da correção material das leis e das decisões judiciais que não se resumam a análise da relação entre meios empregados e fins

33 Robert Alexy apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, “Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade”, *In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Editora Renovar, 2007, p. 198.

34 BARROSO, Luís Roberto, *In Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Parte II, Capítulo IV, 2ª Edição, Editora Saraiva, 2010, p. 328.

pretendidos.³⁵ Nesse estudo nos ateremos apenas as classificações que se referem às decisões judiciais.

Uma primeira acepção do dever de razoabilidade determina que um ato, legal ou judicial, para observar este dever não poderá ser arbitrário, o que significa dizer que as decisões que restrinjam direitos fundamentais, sobretudo, deverão estar plenamente justificadas, fundamentadas em razões relevantes. Para o Supremo Tribunal Federal, restrições a direitos desprovidas de justificação são inconstitucionais, por considerarem violado o princípio da razoabilidade.³⁶

Outra acepção do princípio da razoabilidade diz respeito à necessidade de se respeitar a justiça do caso concreto, tratando-o aqui como sinônimo de equidade. Nas palavras de Humberto Ávila:

“A razoabilidade, segundo essa forma de aplicação, exige que: (i) na interpretação dos fatos descritos nas normas jurídicas seja considerado o que normalmente acontece, e não o excepcional, e (ii) na aplicação das prescrições normativas, devem ser tidos em consideração os aspectos presentes no caso concreto, quando a generalidade da lei não os leva em conta.”³⁷

O princípio da razoabilidade também é entendido como dever genérico de “não contradição”. Sendo necessária uma análise da

35 Humberto Bergmann Ávila apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, “Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade”, *In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Editora Renovar, 2007, p. 207.

36 A algum tempo, o STF suspendeu a eficácia de uma lei do Estado do Espírito Santo que proibia por tempo indeterminado, o plantio de eucalipto para fins de produção de celulose naquele Estado. Em tal caso, entendeu que a medida em questão ofendia, além do princípio da isonomia, o princípio da razoabilidade, pois que implementava restrição ao direito de propriedade sem qualquer justificação. O relator, em seu voto, destacou ser a lei irrazoável já que editada “sem levar em conta qualquer base científica que justificasse a restrição imposta”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, “Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade”, *In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Editora Renovar, 2007, p. 209.

37 Humberto Bergmann Ávila apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, “Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade”, *In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, Editora Renovar, 2007, p. 211/212.

ausência de contradição entre os elementos contidos na sentença, expressa como coerência interna, e uma análise da harmonia entre o ato controlado e os valores presentes no ordenamento jurídico (os valores imanentes ao sistema constitucional), sendo a coerência externa.

Tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade são outros meios de se controlar a atuação judicial, principalmente da jurisdição constitucional, tendo em vista que as normas constitucionais têm, muitas vezes, conteúdos abertos e conceitos indeterminados que envolvem o exercício de discricionariedade por parte do intérprete. Estes métodos, portanto, deverão ser utilizados sempre que a lide que se colocar diante dos magistrados oferecer um grau de complexidade (quando as soluções não se apresentarem de forma direta do ordenamento) e envolver direitos fundamentais, tratados de forma tão relevante pelo nosso legislador constituinte originário. São nessas situações que as técnicas aqui apresentados terão importância maior, pois nesses casos é que o julgador poderá se guiar por convicções íntimas, desenvolvendo justificativas para tais escolhas. É o que se pretende rechaçar com a utilização desses métodos, uma vez que cada escolha tomada pelo julgador na análise desses casos deverá ser motivada, sendo necessário que ele demonstre ter sopesado todas as possíveis soluções para o caso, bem como que a decisão por ele tomada é a que mais se aproxima dos ditames constitucionais. O fundamento da legitimidade democrática da atuação da jurisdição constitucional transfere-se para o processo argumentativo, sendo portanto, a demonstração racional de que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional.

5) Argumentação Jurídica

A argumentação jurídica tem se tornado cada vez mais relevante em nossa sociedade plural e diversificada, onde as circunstâncias

acontecem e se transformam numa velocidade muito maior do que o direito é capaz de acompanhar. Vivemos num sistema jurídico, como já foi exposto, em que as normas não mais resolvem os conflitos através da lógica subsuntiva. Cada vez mais se torna necessário o desenvolvimento de métodos capazes de solucionar os casos difíceis, para se evitar a arbitrariedade de julgadores e conseqüente insegurança e descrença no sistema jurídico posto.

Procuramos, no desenrolar deste trabalho, apresentar alguns métodos que almejam sistematizar a interpretação constitucional moderna, buscando a justiça do caso concreto e evitando as decisões arbitrárias. Nessa busca, todos os métodos trabalhados impõem a obediência a racionalidade, a necessidade de se justificar/motivar as decisões tomadas. Assim, é importante esclarecer que a argumentação jurídica não é um método de solução de conflitos, e sim um método que irá orientar todos os demais instrumentos interpretativos na busca por uma solução. Fazendo com que as escolhas que os julgadores tiverem que tomar ao longo dos processos interpretativos sejam racionalmente compreendidas pelas partes (e por toda a sociedade em consequência). Faz parte da argumentação jurídica a verificação da correção ou validade de uma argumentação que, diante de certas premissas fáticas e fazendo incidir certas normas, chega a conclusão que uma consequência jurídica deve ser aplicada ao caso concreto. É esse o objeto de estudo da teoria da argumentação jurídica.

Para explicitar os cuidados que o intérprete deverá ter no processo de escolha da decisão justa, utilizaremos os parâmetros apresentados por Luís Roberto Barroso em seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.

Em primeiro lugar, o intérprete deve levar em conta que não basta se guiar pelo senso comum ou por seus ideais de justiça, ante a obrigação de basear suas decisões em elementos da ordem jurídica, devendo desenvolver uma argumentação “capaz de apresentar

fundamentos normativos (implícitos que sejam) que lhe deem sustentação.”³⁸

Em segundo lugar, o julgador não poderá se olvidar que está diante de um sistema jurídico, devendo respeitar a unidade deste sistema na hora de decidir. Para tanto, suas decisões não poderão ser casuísticas, devendo ter a capacidade de universalizar-se, na medida em que se tenha circunstâncias semelhantes. Uma forma de garantir a segurança jurídica e a isonomia que esta postura decisória influencia é seguindo a jurisprudência. O que não significa que alterações dos precedentes não poderão ocorrer, mas que essas mudanças deverão se verificar “para fazer frente a novas realidades ou mesmo para corrigir um juízo anterior que se reputa equivocado”³⁹, devendo sempre serem justificadas, muito bem fundamentadas para que se mantenha a integridade do Direito.

Por fim, como terceira observação, o julgador constitucional deverá se preocupar, no momento de decidir, com os princípios e valores constitucionais que deve concretizar, não se desligando do mundo jurídico e fático em que aquela decisão produzirá efeitos. Nas palavras de Barroso:

“Sua atividade envolverá um equilíbrio entre a prescrição normativa (deontologia), os valores em jogo (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (consequencialismo).⁴⁰⁴¹

38 BARROSO, Luís Roberto, *In Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Parte II, Capítulo IV, 2ª Edição, Editora Saraiva, 2010, p. 343.

39 BARROSO, Luís Roberto, *In Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Parte II, Capítulo IV, 2ª Edição, Editora Saraiva, 2010, p. 344.

40 BARROSO, Luís Roberto, *In Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Parte II, Capítulo IV, 2ª Edição, Editora Saraiva, 2010, p. 344.

41 A ideia de consequencialismo aqui adotada se aproxima da doutrina de Neil MacCormick, assim sintetizada por Manuel Atienza, *As razões do Direito*, 2002, p. 196: “A concepção consequencialista de MacCormick pode ser compatível com a ideia de que, para justificar as decisões judiciais, utilizam-se dois tipos de razões substantivas: as razões finalistas (uma decisão se justifica por promover um determinado estado de coisas, considerado desejável) e as razões de correção (uma decisão se justifica por ser considerada correta ou boa em si mesma, sem levar em conta nenhum outro objetivo posterior). De certo modo, a orientação de acordo com fins e a orientação segundo um critério de correção são duas

6) Os contributos da lei n.º. 9868/99: a figura do *amicus curiae* e a audiência pública

Não há mais o que se questionar quanto a atividade criativa do juiz constitucional diante de todo o desenvolvimento doutrinário ocorrido nesta seara. Diante deste quadro posto, só restou a doutrina desenvolver uma metodologia de legitimação deste atuar criador do intérprete da Constituição.

Para que o Tribunal Constitucional não seja uma instância autoritária de poder, há de se fomentar a ideia, formulada por Häberle, da *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*⁴², segundo a qual o rol de intérpretes deve elastecer na medida em que a interpretação dada à norma fundamental irradiar seus efeitos para todos os segmentos da sociedade, tendo em vista que todos, de alguma forma, vivenciam a realidade constitucional. Conforme explicita o próprio Häberle:

“Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (...) Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser,

faces da mesma moeda, pois os fins a levar em conta são, em última instância, os fins corretos de acordo com o ramo do Direito que se trate.”

42 Peter Häberle apud BINENBOJM, Gustavo, “A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da lei 9.868/99”, *In Leituras Complementares de Constitucional*, Editora JusPodivm, 3ª Edição, 2010, p. 91.

tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática.⁴³

Neste ponto, devemos celebrar a criação da Lei 9.868/99, que dispendo sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, determinou - com a criação da figura do *amicus curiae*⁴⁴ e da audiência pública - uma maior abertura do processo de interpretação constitucional, almejando conferir um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato da constitucionalidade.

Chegamos a conclusão de que, se os cidadãos são destinatários e autores do seu próprio Direito, deverão também ter voz ativa e possibilidades de participar dos processos de interpretação da Constituição. Desta forma, mesmo cabendo à corte constitucional a palavra final das decisões, estas deverão estar amplamente fundamentadas e expostas ao debate da opinião pública, abertas a receberem críticas, que garantem um caráter legitimador e racionalizador.⁴⁵

Oportuno reproduzir o texto legal em análise:

“Art. 7º.....

§ 2º O relator, considerando a relevância da

43 Peter Häberle apud BINENBOJM, Gustavo, “A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da lei 9.868/99”, *In Leituras Complementares de Constitucional*, Editora JusPodivm, 3ª Edição, 2010, p. 91.

44 *Amicus curiae* é o “amigo da Corte”, aquele que lhe presta informações sobre a matéria de direito, objeto da controvérsia. Sua função é chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe ao conhecimento. Um memorial de *amicus curiae* é produzido, assim, por quem não é parte no processo, com vistas a auxiliar a Corte para que esta possa proferir uma decisão acertada, ou com vistas a sustentar determinada tese jurídica em defesa de interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pelo desfecho da questão. BINENBOJM, Gustavo, “A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da lei 9.868/99”, *In Leituras Complementares de Constitucional*, Editora JusPodivm, 3ª Edição, 2010, p. 98.

45 BINENBOJM, Gustavo, “A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da lei 9.868/99”, *In Leituras Complementares de Constitucional*, Editora JusPodivm, 3ª Edição, 2010, p. 92.

matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, **a manifestação de outros órgãos ou entidades.** (grifo nosso)

Art. 9º

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou **fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.**”⁴⁶ (grifo nosso)

Esses dispositivos legais revelam uma preocupação do legislador ordinário (e portanto, de toda a sociedade por eles representados) com as situações que envolvem aquele enunciado normativo objeto de discussão quanto à sua constitucionalidade. Demonstram que a corte tem por obrigação buscar saber daqueles que sofrerão as consequências das decisões sua opinião. Afinal, “toda lei é criada visando à produção de efeitos concretos sobre a realidade, e só assim, no confronto com situações concretas, é que a norma revela todo o seu conteúdo significativo.”⁴⁷

Chegamos a um desenvolvimento doutrinário que percebeu a premência de se ouvir todas as camadas da população, organizadas através da sociedade civil, evitando um *governo de juízes*, para que se dê legitimidade a atuação da corte, incentivando a cidadania constitucional, numa tentativa bem sucedida de diminuir substancialmente o déficit democrático do judiciário, que se mostra

46 Lei 9868/99.

47 BINENBOJM, Gustavo, “A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da lei 9.868/99”, *In Leituras Complementares de Constitucional*, Editora JusPodivm, 3ª Edição, 2010, p. 100.

enorme quando a corte suprema sobrepõe sua decisão à uma decisão tomada pelo legislativo (que é o poder eleito para representar o povo). O respeito à autoridade da Corte Constitucional “depende, necessariamente, de sua capacidade de estabelecer este diálogo com a sociedade e de gerar consenso, intelectual e moral, em torno de suas decisões.”⁴⁸

“A fonte última de legitimação da justiça constitucional se encontra no 'plebiscito diário' a que estão sujeitas suas decisões e na sua capacidade de gerar consenso, de forma a que sejam aceitas como justas e extraídas dos valores constitucionais básicos”⁴⁹.

48 BINENBOJM, Gustavo, “A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da lei 9.868/99”, *In Leituras Complementares de Constitucional*, Editora JusPodivm, 3ª Edição, 2010, p. 102.

49 Eduardo Garcia de Enterría apud BINENBOJM, Gustavo, “A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da lei 9.868/99”, *In Leituras Complementares de Constitucional*, Editora JusPodivm, 3ª Edição, 2010, p. 93.

Capítulo III – Análise de caso decidido pelo Supremo Tribunal Federal: a pesquisa com células tronco-embrionárias

A ação que será analisada é a ADIN 3510, oriunda do Distrito Federal, cujo autor é o Procurador Geral da República. Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade visa a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei nº. 11.105/2005, conhecida como lei da Biossegurança.

In verbis:

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

I - sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

A escolha desse caso se deu em virtude da repercussão que ele

alcançou para a população brasileira, bem como por ser um exemplo de parte do que foi tratado até agora, uma vez que foi levado ao STF uma questão já decidida pelos representantes da população, aqueles legisladores eleitos que criaram a lei, cabendo ao Supremo impor sua decisão sobre aquela já tomada pelos representantes do povo. Para tanto, não se pode deixar de engrandecer a postura democrática da nossa corte que, buscando legitimar a decisão que iria tomar, aceitou no processo várias entidades representativas da sociedade na função de amigos da corte, e ainda realizou a primeira audiência pública de sua história, para que fossem ouvidas aquelas pessoas que poderiam acrescentar ao debate, ou por deterem conhecimentos científicos que pudessem esclarecer os ministros ou por vivenciarem as situações tratadas pela lei, sendo diretamente atingidas pelo resultado da decisão.

Foram admitidas nesse caso, como “*amicus curiae*” as seguintes entidades da sociedade civil brasileira: CONECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE DIREITOS HUMANOS – CDH; MOVIMENTO EM PROL DA VIDA – MOVITAE; INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO – ANIS; além da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB. Justificou o relator a participação dessas entidades em virtude da representatividade social que as mesmas tem e para prestigiar o pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (artigo 1º, inciso V da Constituição Federal). Ressaltou ainda que estas participações contribuirão para o adensamento do teor de legitimidade da decisão que será proferida na ADIN. Nas palavras do Ministro Ayres Britto: “decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema.”⁵⁰

Além da participação de vários “*amicus curiae*”, esta ADIN

50 ADIN 3510/DF.

também teve a realização de uma Audiência Pública, tendo em vista a relevância social do caso, “viabilizando este notável instrumento de democracia direta ou participativa”⁵¹.

Após a realização desta audiência pública ficou demonstrado a existência de duas correntes de pensamento opostas. Para uma, encabeçada pelo autor da ação, a utilização das células tronco embrionárias retiradas de embriões significava uma forma disfarçada de aborto, ante considerarem o embrião congelado um ser humano em potencial. Para a outra corrente de ideias, o embrião congelado que será utilizado nas pesquisas, apesar de humano, não pode ser igualado aquele que é implantado no útero materno, devendo prevalecer as inúmeras possibilidades científicas que as pesquisas com essas células podem resultar, vindo a garantir uma melhoria na qualidade de vida de um número incalculável de pessoas.

O artigo da lei que se pretende a inconstitucionalidade se divide em quatro partes, a saber:

A parte inicial, que permite a utilização de células tronco-embrionárias (células encontradas em embriões humanos até 14 dias depois da fecundação) para fins de pesquisa e tratamento médico, não se olvidando que são embriões fruto de fertilização artificial.

A parte final do caput, os incisos I e II e o parágrafo 1º, que impõem como condição para que se permita a utilização em se tratando de embriões viáveis, somente se tiverem sido descartados pelo casal; outra condição se refere à permissão de utilização de embriões que já foram considerados inviáveis para a reprodução humana; ou ainda embriões que estejam congelados há mais de três anos, desde que haja autorização do casal doador dos mesmos.

Outra parte do artigo se refere ao encaminhamento obrigatório de todos os projetos do gênero para exame de mérito por parte dos comitês de ética e pesquisa, o que tem por escopo evitar o descarte

51 Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto, ADIN 3510/DF

de material biológico de forma indiscriminada.

Por último, dispõe o artigo sobre a proibição de qualquer tipo de comercialização do material genético, equiparando ao crime de “comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano” (artigo 15, *caput*, Lei 9434/97), numa clara observância dos limites impostos pela ética.

No voto dado pelo relator, esta parte do pressuposto de que a vida que a Constituição impõe deveres e garante direitos (quando há personalidade jurídica) é aquela que se manifesta entre o nascimento e a morte (adota a teoria natalista, portanto). Reafirma tal assertiva ao garantir que a Constituição não determina o momento em que começa a vida, não se mostrando tal entendimento (de que a Lei Maior só põe a salvo os direitos dos nativos) contrário aos ditames constitucionais. Aduz ainda que quando a Constituição Federal trata da dignidade humana está se referindo ao ser humano já individualizado, pós parto.

Dispõe ainda que a questão central da discussão não é o início da vida, mas sim que momentos da vida estão validamente protegidos pelo direito infraconstitucional e em que medida. Analisa que, sendo o princípio da dignidade humana tão relevante para a nossa sociedade (e também para o Direito), ela - dignidade humana - transcende a proteção dada aos indivíduos já corporificados, para proteger também aqueles que estão no caminho do nascimento (para a vida extrauterina), caso dos nascituros e dos embriões, espalhando-se para o direito infraconstitucional.

Aduz ainda que não se questiona na ADIN o descarte puro e simples dos embriões não utilizados no procedimento de fertilização, mas apenas daqueles que, apesar de descartados para a finalidade de reprodução, serão utilizados para o desenvolvimento de pesquisas científicas.

Conclui o eminente relator no sentido de que, se a lei infraconstitucional foi dada determinar o momento do fim da vida, ou

seja, quando já será possível extrair do corpo órgãos e tecidos para fins de transplante, pesquisa e de tratamento, também será possível, sem qualquer afronta à Constituição, a lei infraconstitucional determinar que um embrião (que não apresenta nenhuma atividade neural) seja utilizado para o desenvolvimento de pesquisas científicas.

Em análise dos demais votos, chega-se a conclusão de que os eminentes ministros (incluindo-se o relator), ao contrário daquilo que se demonstrou aqui como sendo o método mais democrático de decidir, partiram declaradamente de suas convicções pessoais do que é pessoa, para se verificar qual a proteção que deveria ser dada ao embrião, partindo do final do processo ponderativo (a decisão) para se buscar justificativas no sistema jurídico para a mesma. Enquanto deveriam ter se baseado no que o Direito brasileiro trata como sendo pessoa, para buscar, através do método ponderativo, a solução do caso posto.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto até agora, percebemos não ser possível exigir do Tribunal Constitucional uma postura menos ativa, um distanciamento da realidade política do nosso país, tendo em vista a crise de representatividade política que vivenciamos.

Apesar da inquestionável relevância, a intensificação da atividade judicial deve sofrer balizamentos, evitando que o judiciário (em especial o STF) vá absorvendo áreas de competências das demais esferas de poder, “cuja margem de liberdade é inerente à própria representatividade que ostentam.”⁵² A intervenção, portanto, é necessária, uma vez que é da essência do sistema que o Tribunal Constitucional seja chamado a valorar atos de cunho eminentemente político, cabendo a própria ordem jurídica determinar a intensidade dessa intervenção, que deve preservar as competências dos outros órgãos.

São formas de balizamento dessa atuação a exigência de que os pronunciamentos do Tribunal sejam proferidos dentro de um processo, o que só ocorrerá caso haja a provocação da jurisdição por um legitimado, evitando sua atuação “*ex officio*” e a prolação de decisões genéricas. Ainda quanto ao conteúdo das decisões, será forma de regular sua atuação a necessidade de que as mesmas tenham ligação com a realidade. O que significa que a norma extraída da junção entre enunciado normativo e fato não deve se afastar da realidade fática da sociedade, diminuindo “o sentimento de que a decisão usurpou a esfera política alheia.”⁵³

A interação entre texto e realidade, que é crescente a cada dia, sendo reflexo necessário da abertura semântica das normas constitucionais e da crescente expansão das áreas da atuação do

52 GARCIA, Emerson, “Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática”, *In Leituras Complementares de Constitucional*, Editora JusPodivm, 3ª Edição, 2010, p. 67.

53 GARCIA, Emerson, “Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática”, *In Leituras Complementares de Constitucional*, Editora JusPodivm, 3ª Edição, 2010, p. 68.

Estado, abre possibilidades de expansão à Corte Constitucional, exigindo equilíbrio e sensatez para evitar que, sob a justificativa de guarda da Constituição, se venha a ferir um dos princípios que lhe são mais caros, que é o princípio democrático. Em sentido oposto, invocar os dogmas da democracia para negar aos juízes a possibilidade de analisar a compatibilidade de uma lei com a Constituição terminaria por sujeitar a Lei Maior às maiorias ocasionais, que nem sempre refletem a vontade popular, em razão da reconhecida crise de representatividade da classe política.⁵⁴

A atividade do Tribunal será aceitável enquanto puder ser “argumentativamente reconduzida ao liame que une texto e realidade”⁵⁵, formando decisões que estejam em consonância com os valores vigentes na sociedade. Isto será possível sempre que a Corte estruturar suas decisões em etapas, possibilitando aos membros da sociedade entender e aderir a cada uma das partes do processo decisório.

Busca-se estabelecer uma diretriz de harmonização institucional, que permita a coexistência entre a liberdade política dos órgãos legislativos e executivos com o primado do direito e o relevante papel desempenhado pelos órgãos jurisdicionais, uma vez que todos são depositários dos legítimos anseios do cidadão.

Assim, todos os métodos apresentados coadunam para se conseguir atingir o fim pretendido, qual seja, o de racionalizar as decisões proferidas pela Corte Constitucional Brasileira, que decide situações tão relevantes para a nossa sociedade, em última instância, sem que suas decisões possam ser revistas por uma corte superior, ante a sua posição no sistema jurídico brasileiro. Este é um dos motivos que tornam imperiosa a determinação de critérios decisórios para a atuação do Supremo Tribunal Federal, porque além de julgarem

54 GARCIA, Emerson, “Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática”, *In Leituras Complementares de Constitucional*, Editora JusPodivm, 3ª Edição, 2010, p. 68/69.

55 GARCIA, Emerson, “Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática”, *In Leituras Complementares de Constitucional*, Editora JusPodivm, 3ª Edição, 2010, p. 69.

casos que tratam de direitos fundamentais, elementares ao nosso estado democrático de direito, são decisões que não admitem recurso, ou seja, sem que haja uma possibilidade de alteração no posicionamento, deverão ser cumpridas pela sociedade.

REFERÊNCIAS

ADIN 3510/DF. Disponível em:

[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(3510.NUME.+OU+3510.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(3510.NUME.+OU+3510.ACMS.)&base=baseAcordaos)

ARGUELHES, Diogo Werneck. LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações*. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

ÁVILA, Humberto Bergmann. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. EMAIL

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. Renovar, 2007.*

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. EMAIL

BARROSO, Luís Roberto. *A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo*. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. Interpretação Constitucional. Malheiros Editores, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª edição. Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. Renovar, 2007.*

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. Renovar, 2007.*

BINENBOJM, Gustavo. *A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº. 9.868/99. Leituras Complementares de Constitucional*. Juspodivm, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. *Lei de Biossegurança*. Lei 11.105, de 24 de março de 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Uma Nova Alternativa para o Direito Brasileiro: O Procedimentalismo*. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

GARCIA, Emerson. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática*. Leituras Complementares de Constitucional. 3ª ed. Juspodivm, 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Interpretação Constitucional*. Comentários à Constituição Federal de 1988. 1ª ed. Editora Forense, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade*. A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. *Renovar*, 2007.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. Interpretação Constitucional. Malheiros Editores, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática*. A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. *Renovar*, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça*. Malheiros Editores, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Malheiros Editores, 1999.