

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PANORAMA JURÍDICO ATUAL:
UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Bárbara Amélia Galindo Campos Camargo Bandeira

Presidente Prudente/SP
2020

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PANORAMA JURÍDICO ATUAL:
UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Bárbara Amélia Galindo Campos Camargo Bandeira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Lucas Pires Maciel.

Presidente Prudente/SP
2020

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PANORAMA JURÍDICO ATUAL:
UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Trabalho de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientador

Lucas Pires Maciel

1º examinador

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

2º examinador

Wilton Boigues Corbalan Tebar

1º de Dezembro de 2020

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho ao meu irmão Gabriel, por ser minha inspiração diária. Meu maior incentivador, a pessoa que caminha lado a lado comigo, diminuindo a velocidade quando estou atrás e segurando em minha mão quando acho que não sou capaz. Obrigada pela companhia nos dias de escrita desde antes do sol nascer até depois do entardecer. Sou privilegiada por partilhar seu conhecimento e bondade todos os dias comigo.

Na batalha, é a pessoa corajosa que assume os riscos, e é o covarde que chega em casa para contar a história. É a pessoa firme que sofre o abuso da multidão, e é o conformista fraco que escapa à sua censura. Faça a coisa certa.
Roger Scruton.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por acordar todos os dias com saúde.

Aos meus pais, Luciane e Marcelo, meus maiores exemplos de determinação e amor.

Ao meu avô Rufino de Campos, pelo incentivo quanto aos estudos, apoio moral e todos os ensinamentos. Sua garra e amor constante pelo Direito fizeram nascer em mim idêntica paixão.

Agradeço, ainda, à minha avó Amélia Galindo, alicerce e base de nossa família.

Meus agradecimentos especiais ao meu professor e orientador Lucas Pires Maciel, por toda sua atenção e auxílio no desenvolvimento do presente trabalho. Uma honra poder ser orientada por uma pessoa tão magnífica.

O apoio de todos foi essencial para conclusão de mais esta etapa.

RESUMO

O presente trabalho aborda os aspectos jurídicos do controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal nos dias atuais, descrevendo sua origem, formas de inconstitucionalidade, bem como demonstrando sua importância para que a Constituição da República seja respeitada. Analisa-se, em breve exposição, o controle de constitucionalidade difuso e concentrado, mencionando suas origens e diferenças. O tema da pesquisa está inserido na jurisdição constitucional, *locus* sempre mencionado no ativismo judicial. Aborda-se o conceito de bloco de constitucionalidade, bem como o de que a proporcionalidade é considerada “princípio” implícito, podendo ser utilizada para declarar a inconstitucionalidade de uma medida que não seja adequada, necessária e nem proporcional em sentido estrito, quando da atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade. Pondera sobre a origem da proporcionalidade, notadamente quanto ao momento em que se passou a diferenciá-la da razoabilidade, apresentando as diferenças conceituais. Ainda, analisa as duas vertentes da proporcionalidade, isto é, a proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente. Posteriormente, aborda o papel das Cortes Constitucionais, tecendo considerações sobre pretensões equívocas de querer-se atribuir ao Supremo Tribunal Federal um papel que nunca ostentou: o iluminista. Por fim, analisa o *backlash*, uma reação social qualificada diante de atos dos Poderes Públicos e sua importância no paradigma atual.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. *Backlash*. Controle de Constitucionalidade. Proporcionalidade. Papel das Cortes Constitucionais.

ABSTRACT

The present work has as object to present the legal aspects of the currently constitutionality control carried out by the Federal Supreme Court, describing its origin, forms of unconstitutionality, as well as demonstrating its importance for the Constitution of the Republic to be respected. The control of diffuse and concentrated constitutionality control was briefly analyzed, mentioning its origins and differences. The research theme is inserted in the constitutional jurisdiction, locus always present in judicial activism. The concept of constitutionality bloc was approached, as well as that proportionality is considered an implicit "principle", which can be used to declare the unconstitutionality of a law that doesn't have adequacy, necessary or proportional in the strict sense when the Supreme Court acts Federal Constitutional Control. The origins of proportionality were investigated, as well as differentiation it from reasonableness, an institute that cannot be confused with it. Therefore, the two aspects of proportionality were analyzed, that is, as prohibition of excess and prohibition of insufficient protection. It also addresses the occupation of the Constitutional Courts, making considerations about the attempt to attribute to the Supreme Federal Court a occupation that it never was yours: the Enlightenment. Finally, backlash was analyzed, a qualified social reaction to the acts of the Public Authorities and its importance in the current paradigm.

Keywords: Judicial Activism. Backlash. ConstitutionalityControl. Proportionality. Occupation ofConstitutionalCourts.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 QUESTÕES RELEVANTES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	10
2.1 Conceito e Pressupostos.....	10
2.2 Matrizes e Modalidades de Controle de Constitucionalidade	17
2.2.1 Matriz Americana (1803)	17
2.2.2 Matriz Austríaca (1920)	17
2.2.3 Matriz Francesa (1958)	18
2.3 Modalidades	18
2.3.1 Quanto à natureza do órgão de controle: político, judicial e misto	18
2.3.2 Quanto ao órgão judicial que exerce o controle: judicial difuso, judicial concentrado e judicial misto.....	20
2.3.3 Quanto à forma ou modo de controle: incidental ou por via de exceção e principal ou por via de ação	22
2.4 Formas de Inconstitucionalidade	23
2.4.1 Quanto ao tipo de conduta praticada pelo poder público	23
2.4.2 Quanto à norma constitucional ofendida (ou quanto ao tipo de vício ocorrido)	26
3 BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE	33
3.1 Regra, Princípio ou Postulado Normativo da Proporcionalidade?	34
3.1.1 A natureza jurídica da proporcionalidade	36
3.1.2 A origem da proporcionalidade.....	42
3.1.3 A distinção entre a proporcionalidade e a razoabilidade	44
3.1.4 Fundamento da regra da proporcionalidade: <i>substantive due process</i> o <i>flaw</i> ?	51
3.1.5 Elementos (máximas parciais, sub-regras) do princípio da proporcionalidade.....	55
3.1.6 A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	68
3.1.7 O contraponto da proporcionalidade como proibição do excesso: a vedação à proteção insuficiente	73
4 ATIVISMO JUDICIAL E OS PAPEIS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	76
4.1 Sobre o Ativismo Judicial	76
4.2 Os Papéis do Tribunal Constitucional.....	79
4.2.1 Função (papéis) contramajoritária.....	80
4.2.2 Função (papéis) representativa.....	87
4.2.3 Função (papéis) iluminista	90
4.2.4 Síntese conclusiva sobre as funções	92
4.3 Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal	92
4.3.1 A homofobia e transfobia subsumida ao crime de racismo (Lei 7.716/89)	98
5 BACKLASH	111
6 CONCLUSÃO	127
REFERÊNCIAS	129

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa teve como enfoque a teoria do controle de constitucionalidade realizada, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, que se trata órgão competente, conforme determinação da Constituição Federal, para sua aplicação¹. A escolha do presente tema justificou-se em razão de sua importância no ordenamento jurídico, frente às mais diversas decisões exaradas semanalmente quanto ao julgamento acerca de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma e ato dos Poderes Públicos.

O objetivo principal foi demonstrar como o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões relevantes, baseando-se na proporcionalidade, que se tornou um verdadeiro baluarte no cenário jurídico. Ademais, analisou os efeitos dessas decisões e os papéis das Cortes Constitucionais.

O segundo capítulo abordou o conceito e pressupostos do controle de constitucionalidade, de modo a permitir uma compreensão histórica do tema para, posteriormente, situar o leitor acerca de sua utilização atual. Realizou-se uma breve introdução sobre as matrizes do controle de constitucionalidade, mediante ampla pesquisa bibliográfica, notadamente sua introdução no ordenamento jurídico pátrio. Foram analisadas, ainda, as modalidades de controle de constitucionalidade, quanto à natureza do órgão de controle, do órgão judicial, forma ou modo de se realizá-lo para obter premissas suficientes para proceder à sua devida apresentação conceitual. Por fim, foram apresentadas as formas de inconstitucionalidade, diferenciando-as quanto ao tipo de conduta praticada pelo Poder Público e quanto a norma constitucional ofendida (ou tipo de vício ocorrido).

O terceiro capítulo iniciou-se mediante análise sobre o que tem se compreendido atualmente como bloco de constitucionalidade. Buscou-se investigar qual a espécie de proporcionalidade é considerada quando da análise do controle, através de ampla pesquisa bibliográfica e jurisprudencial quanto ao seu conceito, fundamento, origem, bem como suas diferenças para com a razoabilidade, que não raro é confundida. Baseando-se na vetusta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, demonstrou-se de que forma a proporcionalidade era utilizada e quais eram seus fundamentos de aplicação (adequação, necessidade e proporcionalidade em

¹ De se ressaltar que todos os juízes possuem atribuição para realizar o controle difuso de constitucionalidade. Todavia, será analisada, neste trabalho, tão somente a atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade.

sentido estrito), para decidir determinado caso. Tempos superados, analisou-se como a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal utiliza a proporcionalidade, bem como as críticas da doutrina a este modelo.

No quarto e último capítulo buscou-se enfatizar a definição de ativismo judicial, os papéis de uma Corte Constitucional e a relação entre eles. Busca-se constatar se o constitucionalismo contemporâneo, com a rematerialização das Constituições, bem como sua força normativa, fortaleceu o papel do Poder Judiciário, e se tal fortalecimento é campo fértil para abusos. Mencionou-se, ainda, se a atuação da Alta corte é representada por pretensos papéis representativos e iluministas e qual seria a sua implicação jurídica. Derradeiramente, foi feita uma breve análise do *backlash*, instituto que começa a ganhar uma maior atenção da doutrina constitucional mais atual, de modo a investigar se seria considerado como uma reação social qualificada contra atos dos Poderes Públicos, enfatizando as consequências que dele podem advir.

A pesquisa teve por base a utilização dos métodos dedutivo, comparativo e histórico, realizando vasta pesquisa doutrinária sobre os temas, sem escusar da análise de decisões do Pretório Excelso, livros, artigos e até mesmo reportagens televisivas. As decisões do Supremo Tribunal Federal foram utilizadas como forma de confirmação das premissas obtidas pelo método dedutivo conforme descrição anterior.

2 QUESTÕES RELEVANTES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Este capítulo abordará temas indispensáveis para a contextualização do controle de constitucionalidade quanto ao objeto do presente trabalho. Para tanto, apresentará discussões acerca do conceito, pressupostos do controle de constitucionalidade, introdução sobre as suas matrizes para aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Também serão apresentadas as modalidades de controle de constitucionalidade, as formas de inconstitucionalidade, diferenciando-as quanto ao tipo de conduta praticada pelo Poder Público e quanto a norma constitucional ofendida (ou tipo de vício ocorrido).

2.1 Conceito e Pressupostos

Primeiramente, antes de se aprofundar a análise do controle de constitucionalidade e todas as suas digressões, cabe explicar algumas palavras sobre seu conceito e pressupostos.

Compreende-se, conforme os dizeres de Fernandes (2020, p. 1810), que o controle de constitucionalidade:

[...] visa garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas e implícitas) frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação de compatibilidade (ou adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma Constituição, no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou os atos normativos devem necessariamente observar.

[...] o controle de constitucionalidade se apresenta como a análise de parametricidade entre a Constituição e a Legislação infraconstitucional nos países em que a Constituição tem suprallegalidade (exerce relação de supremacia em relação a todo o ordenamento jurídico) sendo, portanto, formal e rígida

No mesmo sentido, Cunha Júnior (2019, p. 40) também conceitua:

O controle de constitucionalidade, enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, é uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados

É necessário, para que se utilize do fenômeno do controle de constitucionalidade, que a Constituição tenha supralegalidade, ou seja, que irradie sua força normativa em relação a todo ordenamento jurídico, sendo, desta forma, o ápice de todas as espécies normativas, de onde retiram sua validade. Para que se tenha segurança jurídica na aplicação deste fenômeno, é necessário que a Constituição seja um diploma normativo permanente, razão pela qual, no Brasil, pode ser classificada como formal e rígida. Deve ser lembrado que uma Constituição rígida se modifica apenas por procedimentos especiais que ela mesma determina. Em contraponto à Constituição rígida, tem-se a flexível, que não requer procedimentos especiais para a sua alteração, sendo modificada pelos mesmos procedimentos que produzem uma lei ordinária, sendo que, neste caso, por se submeterem a um processo de reforma que coincide com o modelo de produção da legislação infraconstitucional, inexistente qualquer diferenciação formal entre normas constitucionais e normas infraconstitucional o que conduz a insegurança jurídica quanto à força normativa de seu texto.

Assim, “em face da supremacia das Constituições rígidas, que pressupõe um escalonamento entre as entidades normativas, existem normas constitucionais (superiores) e normas infraconstitucionais (inferiores)” (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 34-35).

É com base na supremacia da Constituição que se aduz sua superioridade hierárquico-normativa em relação às outras normas do ordenamento jurídico, ou seja, todas as manifestações normativas devem estar em consonância com a Constituição e nunca contra ela. Em decorrência da sua posição de norma jurídica suprema, a Constituição traz a exigência de que todas as normas jurídicas estejam em conformidade com os princípios e regras de que ela dispõe. Esta compatibilidade deve ser formal, entendida como o respeito ao modelo de produção legislativo que a Constituição dispõe e, também, material em relação ao conteúdo da Carta Magna.

Cappelletti (1992, apud CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 39) nos traz interessante síntese sobre controle de constitucionalidade:

É, exatamente na garantia de uma superior legalidade, que o controle judicial de constitucionalidade das leis encontra sua razão de ser: e trata-se de uma garantia que, por muitos, já é considerada como um importante, se não necessário, coroamento do Estado de direito e que, contraposta à

concepção do Estado absoluto, representa um dos valores mais preciosos do pensamento jurídico e político contemporâneo

Para Cunha Júnior (2019, p. 32-33):

A noção de supremacia é inerente à noção de Constituição, desde que essa superioridade normativa implique a ideia de uma norma fundamental, de uma *Fundamental Law*, cujo incontestável valor jurídico atua como pressuposto de validade de toda a ordem positiva estabelecida no Estado. A Constituição é a base da ordem jurídica e o fundamento de sua validade. Como norma jurídica fundamental, ela goza do prestígio da supremacia em face de todas as normas do ordenamento jurídico.

Ela se destaca numa ordenação jurídica estatal [...] como uma Lei Suprema, quer porque ela é fonte da produção normativa (*norma normarum*), quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os atos da vida humana. A ideia de Constituição como norma reguladora da produção jurídica (*superlegalidade formal*) justifica a tendencial *rigidez* das Leis Fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, 'agravadas' ou 'reforçadas' relativamente às leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da *conformidade substancial* de todos os atos do Estado e dos poderes públicos com as regras e princípios hierarquicamente superiores da Constituição (*superlegalidade material*). Da conjugação destas duas características – superlegalidade formal e superlegalidade material da Constituição – deriva o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos, que encerra a ideia de que as normas jurídicas só estarão conformes com a Constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses atos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais

Com base nas digressões teóricas formuladas acima, conclui-se que a norma infraconstitucional que se contrapõe a norma constitucional, acaba se tornando uma norma inconstitucional. Portanto, a supremacia da Constituição é a base do próprio Estado Democrático de Direito.

Baseando-se novamente nas lições de Cunha Júnior (2019, p. 35), tem-se que:

A supremacia da Constituição, sem dúvida, é tributária da ideia de superioridade do poder constituinte sobre todas as instituições jurídicas e políticas vigentes no Estado, de sorte que uma Constituição haure o fundamento de sua supremacia na própria supremacia do poder que a originou. Isso faz com que o produto do exercício deste poder, a Constituição, esteja situado no topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade a todas as demais normas, e de referência obrigatória à atuação do poder público, que a ela se encontra vinculado

É neste sentido as digressões de Masson (2019, p. 1320), para quem:

[...] a constatação da inequívoca **hierarquia normativa** entre as normas constitucionais e as demais, justifica a realização do **controle de constitucionalidade**. Afinal, se a Carta Constitucional se encontra em posição diferenciada no ordenamento (diga-se, superior), todas as demais normas lhe devem estrita observância e irrestrita obediência e precisam estar afinadas, em absoluto, com seus preceitos, de modo que qualquer dissintonia possa ser detectada e solucionada em favor da Constituição. A instituição desse instrumental teórico de fiscalização da constitucionalidade dos diplomas é, pois, o que impede que o ideal da supremacia constitucional se torne mera retórica. (grifos do autor)

Em sendo assim, conforme já salientado, é a supremacia da Carta Magna que impõe o respeito dos poderes constituídos aos seus dizeres, de modo que não podem praticar atos para confrontá-la, seja formal, seja materialmente.

Todavia, a supremacia constitucional estaria comprometida caso não houvesse nenhum mecanismo de defesa das possíveis usurpações ao seu conteúdo. É, nesse contexto, que se deve compreender o controle de constitucionalidade, como um mecanismo previsto na própria Constituição Federal que visa garantir a supremacia e a defesa dos preceitos constitucionais frente à possíveis violações por parte dos poderes constituídos, pois “somente assim logra-se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente” (MENDES; BRANCO, 2019, p. 1171).

Em conclusão, anota a doutrina que “o controle de constitucionalidade, portanto, revela-se como uma importante garantia da supremacia da Constituição, haurindo daí sua própria razão de ser” (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 40).

Com Fernandes (2020, p. 1810-1811), tem-se que a atividade de confrontação entre a Constituição e os outros atos normativos deve ir além da parametricidade, ou seja, ínsito ao conceito é a exigência de uma sanção. Desta forma, não basta a explicitação da inadequação da lei ou do ato normativo com relação à Constituição. É necessário, pois, a declaração de invalidade da lei ou do ato normativo, pois só assim tem-se uma jurisdição constitucional tradicionalmente forte.

Nesse sentido, defendem Mendes e Branco (2019, p. 1173) que, “[...] a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica”.

É inegável concluir que uma Constituição que não dispõe de nenhuma garantia para sancionar a lei ou o ato normativo que a contrarie, não seria, propriamente, obrigatória.

Quanto à necessidade de a Constituição possuir meios de tornar seu texto vinculante, Kelsen (1981 *apud* Mendes e Branco, 2019, p. 1173) aduz:

Embora não se tenha plena consciência disso –porque uma teoria jurídica dominada pela política não lhe dá ensejo – é certo que uma Constituição que, por não dispor de mecanismos de anulação, tolera a subsistência de atos e, sobretudo, de leis com ela incompatíveis, não passa de uma vontade despida de qualquer força vinculante. Qualquer lei, simples regulamento ou todo negócio jurídico geral praticado por entes privados têm uma força jurídica à Constituição, a que estão subordinados e que lhes outorga validade. É que a ordem jurídica zela para que todo ato que contraria uma norma superior diversa da Constituição possa ser anulado. Assim, essa carência de força obrigatória contrasta radicalmente com a aparência de rigidez outorgada à Constituição através da fixação de requisitos especiais de revisão. Por que tanta precaução se as normas da Constituição, ainda que quase imutável, são, em verdade, desprovidas de força obrigatória? Certo é, também, que uma Constituição, que não institui uma Corte Constitucional ou órgão análogo para anulação de atos inconstitucionais, não se afigura de todo desprovida de sentido jurídico. A sua violação pode dar ensejo a sanções onde exista pelo menos o instituto da responsabilidade ministerial contra os órgãos que participaram da formação do ato, desde que admita sua culpa. Mas, além do fato de que, como ressaltado, essa garantia não se mostra muito eficaz, uma vez que deixa íntegra da lei inconstitucional, não se há de admitir que a Constituição estabeleça uma única via possível para a edição de leis. O texto constitucional explícita, consoante o seu sentido literal e subjetivo, que as leis devem ser elaboradas de um certo modo e que não de ter, ou não, determinado conteúdo. Mas no seu sentido objetivo, admite a Constituição que a lei é válida, mesmo em caso de inobservância de regras de índole procedimental ou material

Neste contexto, faz-se necessário a declaração de invalidade da lei ou do ato normativo que contrarie a Constituição. Não fosse assim, a Carta Magna estaria desprovida de força obrigatória, já que a referida lei ou ato normativo continuaria permanecendo na ordem jurídica.

Mendes e Branco (2019, p. 1171-1172) com base nas lições de Jorge Miranda (2001) explicam que:

[...] constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”. Não se cuida, porém, de uma relação lógica ou intelectiva, adverte o mestre português, mas de uma relação de caráter normativo e valorativo. Não estão em causa – diz Jorge Miranda – simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um *quid* a outro *quid*, ou a

descorrespondência entre este e aquele ato, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica

Do ponto de vista prático, ensina Cunha Júnior (2019, p. 41) que o controle de constitucionalidade ocorre da seguinte maneira:

[...] quando houver dúvida se uma norma entre em conflito com a Constituição, o órgão ou os órgãos competentes para o controle de constitucionalidade, quando provocados, realizam uma operação de confronto entre as normas antagônicas, de modo que, constata a inequívoca lesão a preceito constitucional, a norma violadora é declarada inconstitucional e tem retirada, em regra retroativamente, a sua eficácia, deixando de irradiar efeitos, quer para o caso concreto (no controle concreto), quer para todos ou “erga omnes” (no controle abstrato). Em suma, o controle de constitucionalidade consiste numa atividade de verificação da conformidade ou adequação da lei ou do ato do poder público com a Constituição

Portanto, necessário se faz, a partir da conclusão de que a norma violadora é inconstitucional, a retirada de seu texto normativo e sua eficácia do ordenamento jurídico, com a declaração de invalidade da lei ou do ato normativo, de modo a preservar o conteúdo obrigatório da Constituição e não a transformar em “mera folha de papel”.

É certo que, como os Poderes Públicos retiram da Constituição a competência para a prática de seus atos, é de se presumir que agem de acordo com ela. Todavia, trata-se de presunção relativa (*juris tantum*). Embora seja relativa, a presunção ora referida desempenha uma função importantíssima, qual seja, a de garantir a imperatividade das normas jurídicas, impondo a observância de seus dizeres enquanto não for proclamada pelo órgão competente, a declaração de sua invalidade em relação à Constituição.

Quanto a isto, Novelino (2020, p. 189-190), ensina que:

No caso das leis, a presunção de constitucionalidade é reforçada pelo controle preventivo exercido não só pelo próprio Poder Legislativo – em especial, por suas comissões de constituição e justiça –, mas também pelo Chefe do Poder Executivo, a quem cabe vetar o projeto de lei considerado inconstitucional (veto jurídico).

No âmbito do controle de constitucionalidade, referida presunção se alinha ao princípio democrático para impor ao Judiciário uma postura de deferência em relação às escolhas feitas pelos poderes cujos membros foram democraticamente eleitos para definir e implementar as políticas públicas e que, por conseguinte, possuem primazia na conformação desses comandos constitucionais. Havendo dúvidas consistentes sobre a constitucionalidade da lei, deve-se optar pela manutenção de sua validade

e, em se tratando de enunciados plurissignificativos, interpretá-los conforme a Constituição

Nesse sentido, é interessante mencionara concepção procedimental de democracia de John Hart Ely, muito bem sintetizada por Fernandes (2020, p. 211):

Ely, então, propõe que os Tribunais Constitucionais compreenderão melhor o seu papel se assumirem-se como “reforços da democracia”, isso porque parte de uma concepção procedimental de democracia (em vez de uma concepção substantiva, que permitira aos magistrados fazerem escolhas que pudessem ser fundamentadas em argumentos de origem moral ou ética) que se volta aos problemas de regulamentação dos procedimentos justos e iguais a todos. Porém, é bom que se diga que, apesar da função reservada aos Tribunais ser sobretudo de fiscalização e controle da regularidade e da adequada participação de todos no processo político, ele atuaria de forma ativa em situações ou na ocorrência de eventuais desvirtuamentos no processo político, nos quais a minoria não conseguisse se sustentar com suas próprias forças

Portanto, afirma o ex-professor de Yale e Harvard que os Tribunais devem desempenhar a função similar à de **árbitros** em um jogo de futebol (que não dizem quem é o vencedor, apenas atuando no intuito de **garantir que o jogo seja jogado** de maneira **limpa, justa e em igualdades de condições**), de modo a deixar a democracia seguir seu curso, agindo apenas de modo a “desobstruir os bloqueios” que se formam no processo democrático. (grifos do autor)

Com base nas ideias de Ely (1980), tem-se, baseado na síntese de Fernandes (2020, p. 212), que o Judiciário não estaria autorizado a anular toda e qualquer deliberação dos poderes constituídos, como também não poderia ficar inerte deixando que estes pratiquem atos contrários à Constituição. O Judiciário não teria autoridade para alterar as decisões decorrentes de deliberações democráticas.

Sendo assim, com base nas premissas apresentadas, são os pressupostos do controle de constitucionalidade, de acordo com Fernandes (2020, p. 1811):

- 1) existência de uma Constituição formal e rígida;
- 2) o entendimento da Constituição como uma norma jurídica fundamental (que confere fundamento de validade para o restante do ordenamento);
- 3) a existência de, pelo menos, um órgão dotado de competência para a realização da atividade de controle;
- 4) uma sanção para a conduta (positiva ou negativa) realizada contra (em desconformidade) a Constituição

Conclui-se que a existência de uma Constituição rígida não é o único pressuposto para a análise de parametricidade entre seus dizeres e a legislação infraconstitucional, apesar de ser indispensável, conforme se demonstrará adiante.

2.2 Matrizes e Modalidades de Controle de Constitucionalidade

Conforme aludido no tópico anterior, nos países em que a Constituição tem supralegalidade, o controle de constitucionalidade se apresenta de forma e garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais frente a possíveis violações de leis ou atos normativos, figurando como uma hipótese de parametricidade entre a Constituição e a legislação infraconstitucional.

De todo modo, não se pode ficar na mera análise do ato infraconstitucional em comparação com a Constituição. Deve ir além, sendo exigida uma sanção. Diante desta necessidade, conforme Fernandes (2020, p. 1811), “faz-se necessária a declaração de invalidade da lei ou do ato normativo”.

De certo que foi necessário um longo caminho para se chegar às regras atuais. Para tanto, com o intuito de fornecer premissas seguras para o estudo e compreensão deste importante tema, é necessário analisar-se as grandes matrizes de controle, de modo a apresentar uma análise da história do direito e de direito comparado.

Três são as principais matrizes de controle de constitucionalidade existentes no mundo: matriz americana, matriz austríaca e matriz francesa.

2.2.1 Matriz Americana (1803)

O controle difuso de constitucionalidade, conhecido também como “modelo estadunidense de justiça constitucional”, consagradamente se origina no *leading case* julgado pela Suprema Corte norte-americana, em 1803, *MarburyxMadison*.

Foi internacionalizado no Brasil desde a primeira Constituição da República (1891) e mantido até os dias atuais.

2.2.2 Matriz Austríaca (1920)

Teve como marco a Constituição da Áustria (1920), sistema ilustrado por Hans Kelsen, irradiando-se pela Europa principalmente após a 2ª Guerra Mundial. Como peça jurídica central, cria-se um tribunal externo ao poder judiciário e absolutamente independente em relação aos três poderes, para invalidar leis através dos “legisladores negativos”.

2.2.3 Matriz Francesa (1958)

Com a Constituição da V República da França de 1958 foi desenvolvido o sistema francês de controle de constitucionalidade, o qual, basicamente, não é exercido pelo Poder Judiciário. O órgão de controle é de cunho político, sendo sua composição meramente política, chamado Conselho Constitucional.

A partir das matrizes expostas, pode-se verificar quais destas modalidades que estarão presentes no direito comparado e no Brasil.

2.3 Modalidades

Serão analisadas, neste momento, as modalidades de controle de constitucionalidade, quanto à natureza do órgão de controle, do órgão judicial, forma ou modo de se realizá-lo para obter premissas suficientes para proceder à sua devida apresentação conceitual.

2.3.1 Quanto à natureza do órgão de controle: político, judicial e misto

O controle político é aquele de matriz francesa, presente na Constituição da França de 1958. É realizado por um órgão político, ou, como prefere Novellino (2020, p. 201), “realizado por órgãos sem poder jurisdicional”.

Conforme nos ensina Fernandes (2020, p. 1823-1824):

Nesta, o controle é realizado por um órgão político, aqui citado e intitulado de “Conselho Constitucional”. Em nosso atual ordenamento jurídico-constitucional, existe o controle político de constitucionalidade, que é realizado, por exemplo, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, porém, não como regra, mas excepcionalmente (como exceção), não havendo como se afirmar sobre a existência de um sistema ou de uma verdadeira matriz política em *terrae brasilis*, como a existente na França

Prossegue o autor, aduzindo que, no Brasil, existe o controle político de constitucionalidade que pode ser realizado pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, todavia, como exceção. Não se confunde com o controle político realizado na França, o qual é regra, sendo que, neste caso, o exercício é atribuído à órgãos com esta finalidade, como o *Conseil Constitutionnel* ou ao Poder Legislativo.

Ainda, tem-se que “se pode dizer corretamente político o controle de constitucionalidade realizado nas Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça ou pelas demais comissões” (MENDES; BRANCO, 2019, p. 1175).

Já quanto ao controle de natureza judicial, entende-se aquele exercido por um órgão do Poder Judiciário. No Brasil, o controle jurídico-constitucional é a regra.

Convém citar as palavras de Fernandes (2020, p. 1824) sobre o tema:

[...] é aquele realizado por órgão do Poder Judiciário (ou de *estrutura jurisdicional*) tendo por base as matrizes norte-americana e austríaca. Ou seja, na perspectiva americana, por intermédio de todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário, e na perspectiva Austríaca, por meio de um Tribunal ou Corte Constitucional. O Brasil adota como regra geral o controle de natureza (tradicionalmente) judicial

Dito isto, conclui-se que o nosso sistema, como regra, é de natureza judicial. Todavia, como alerta Masson (2019, p. 1330), “[...] como a atribuição pertence ao Poder com primazia, mas não com exclusividade, nosso sistema é caracterizado como jurisdicional, mas com algumas exceções”.

Quanto ao controle de natureza mista, tem-se que, neste caso, coexistem como regra geral do sistema, o controle judicial e o controle político. Conforme Novelino (2020, p. 202), “quando adotamos simultaneamente, a depender do tipo de lei ou ato normativo, tem-se o sistema misto, como na Suíça, onde leis locais são submetidas ao controle jurisdicional e leis nacionais ao controle político [...]”.

Neste contexto, Fernandes (2020, p. 1824) explica que:

Eles convivem com o mesmo peso, tradição e desenvoltura constitucional. É o caso da Suíça, em que, para as Leis Federais, realiza-se um controle político e, para as leis cantonais (estaduais), realiza-se um controle de constitucionalidade judicial (difuso) com membros de todo o Poder Judiciário. Nesse sentido, a **Suíça** segue a linha delineada pelas matrizes anteriormente expostas, pois adota a matriz francesa de natureza política e também a matriz norte-americana de natureza judicial. Não há um controle que se sobrepõe ao outro, sendo que há uma convivência mútua com cada qual desenvolvendo sua função no ordenamento jurídico. (grifo do autor)

Conclui-se este sistema é intitulado de misto exatamente por não haver preponderância ou sobreposição de um determinado tipo de controle sobre o outro, sendo ambos adotados simultaneamente como regra geral do sistema.

2.3.2 Quanto ao órgão judicial que exerce o controle: judicial difuso, judicial concentrado e judicial misto

Esta classificação parte do pressuposto de um controle de constitucionalidade de natureza judicial, havendo, quanto ao órgão jurisdicional competente, três diferentes classificações.

O controle difuso é conhecido como de matriz norte-americana, entendido como aquele que pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, ou seja, todos os juízes têm competência para decidir se as leis estão em conformidade ou não com a Constituição. Como afirmam Mendes e Branco (2019, p. 1177), compreende-se que o controle de constitucionalidade difuso “assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional”.

No mesmo sentido, Novelino (2020, p. 204), aduz:

Conhecido como *sistema norte-americano* de controle, teve suas bases teóricas estabelecidas a partir do voto proferido por John Marshall, então Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, na decisão mais conhecida da história constitucional: o célebre caso *Marbury v. Madison* (1803).

Frequentemente apontada como a precursora do controle de constitucionalidade, a rigor, esta foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de ato legislativo do Congresso, tendo uma fundamental importância, pois, ao tentar superar as dificuldades políticas que envolviam o caso, Marshall traçou os fundamentos definitivos do exercício do controle jurisdicional. Antes, porém, existiram dois precedentes na jurisprudência norte-americana nos quais ideias embrionárias já estavam presentes: o *Hayburn's Case* e o *Case Hylton v. United States*

Após a definição de seu conceito (alcance), convém destacar que o controle de constitucionalidade difuso tem algumas características, sendo as principais delas, nas palavras de Fernandes (2020, p. 1820-1821):

a) esse controle de atos normativos em relação à Constituição seria feito pelo Poder Judiciário e, no caso norte-americano, por todos os seus membros (todos os Juízes e Tribunais) de forma hodiernamente chama de **difusa**;

b) também é importante salientar que ele (o controle) seria afeto sempre a casos concretos a serem solvidos pelo Poder Judiciário no desempenho comum de sua função jurisdicional, controlando-se a constitucionalidade de modo incidental e gerando efeitos tradicionalmente intitulados de *inter partes* (pelo menos a *priori*);

c) a declaração de inconstitucionalidade, no que tange à perspectiva temporal, geraria efeitos *ex tunc* (retroativos), sendo o ato normativo considerado inconstitucional desde o dia em que surgiu no ordenamento. Nesse sentido, a decisão é meramente declaratória de uma inconstitucionalidade existente desde a origem da lei ou do ato normativo impugnado (grifos do autor)

Interessante destacar que, mesmo que tradicionalmente os efeitos gerados sejam intitulados de *inter partes*, pelo princípio do *Stare decisis*, prevaemente no sistema norte-americano, a decisão da Suprema Corte, mesmo que em um caso concreto, que declarar a inconstitucionalidade uma lei, tem força vinculante em relação a todo o Poder Judiciário. Trata-se, portanto, da regra utilizada no sistema jurídico norte-americano do *commom law*.

Já quanto ao controle concentrado, é fenômeno atribuído unicamente à um órgão de cúpula, seja um Tribunal ou uma Corte Constitucional. Trata-se da matriz austríaca, motivo pelo qual ficou conhecido como sistema austríaco ou europeu. Este sistema foi idealizado por Hans Kelsen, consagrado em um primeiro momento pela Constituição da Áustria e que, posteriormente, se disseminou por toda a Europa.

Novamente com Fernandes (2020, p. 1821-1822) é possível enfatizar as principais características do controle de constitucionalidade concentrado:

a) a criação de um órgão próprio e específico de controle de constitucionalidade, denominado “Corte” ou “Tribunal Constitucional” que, diga-se, é o único órgão dotado de legitimidade para a análise da adequação de leis ou atos normativos em relação à Constituição; daí a terminologia controle concentrado, diferenciando-se do difuso, da matriz norte-americana;

b) esse controle engendrado por Kelsen não é realizado de modo incidental, mas de modo direto pela intitulada via principal, na qual o Tribunal Constitucional analise se um ato normativo em tese contraria ou não a Constituição, não havendo, portanto, um “real” caso concreto, uma lide (pretensões resistidas) ou mesmo a observância do contraditório para o deslinde da questão, sendo o controle realizado abstratamente num processo, intitulado pela doutrina majoritária de objetivo, que traz consigo uma decisão de efeito *erga omnes* (válida para todos);

c) a declaração de inconstitucionalidade no que tange à perspectiva temporal geraria efeitos *ex tunc (pro futuro)*, na medida em que, enquanto um ato normativo não fosse declarado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, ele seria válido (presunção de validade), pois certo é que nenhum juiz ou Tribunal teria legitimidade para deixar de aplica-lo por entender que ele é inconstitucional, só cabendo à Corte Constitucional tal assertiva. Portanto, a declaração da corte anularia o ato normativo

(anulabilidade), produzindo uma sentença eminentemente constitutiva e que não declararia a sua nulidade, como seria feito no tradicional modelo da matriz norte-americana

Nesse sentido, mencionam-se as digressões de Mendes e Branco (2019, p. 1176-1177):

O controle de constitucionalidade concentrado tem ampla variedade de organização, podendo a própria Corte Constitucional ser composta por membros vitalícios ou por membros detentores de mandato, em geral, com prazo bastante alargado.

Referido modelo adota as ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austríaco

Por fim, no controle judicial misto há uma coexistência entre os dois modelos anteriores, quais sejam, o controle difuso e o controle concentrado. É este o caso do ordenamento jurídico brasileiro. Conforme aduz Fernandes (2020, p. 1825): “[...] tem-se um controle judicial difuso (oriundo da matriz norte-americana) e também um controle judicial concentrado (oriundo da matriz austríaca) que convivem em nosso sistema constitucional”.

São esses, portanto, os principais sistemas de controle de constitucionalidade existentes no ordenamento jurídico pátrio e suas implicações serão analisadas oportunamente.

2.3.3 Quanto à forma ou modo de controle: incidental ou por via de exceção e principal ou por via de ação

No controle incidental, a inconstitucionalidade não é objeto principal do processo, e sim, uma questão prejudicial a ser resolvida pelo Judiciário.

Fernandes (2020, p. 1825) explica que:

[...] o objeto do processo não é a questão relativa à constitucionalidade de uma lei, mas uma questão de fundo, que pode ser de natureza penal, civil, empresarial, tributária, previdenciária, ambiental etc. A questão da constitucionalidade, portanto, será meramente resolvida como fundamento da decisão a ser proferida no julgamento da questão principal, sendo, por esse motivo chamado, o modo incidental de **controle por via de exceção**. (grifos do autor)

O controle de constitucionalidade, neste caso, conforme palavras de Cunha Júnior (2019, p. 119): “é realizado no curso de uma demanda judicial concreto, e como incidente dela, por qualquer juiz ou tribunal. Daí afirmar-se que o controle difuso é um controle incidental. É uma combinação necessária.”

Já o controle principal é aquele feito em uma ação autônoma, onde a questão principal é a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei ou ato normativo. Haverá ações específicas como, por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Nesse sentido, aduz Fernandes (2020, p. 1825):

[...] a questão principal é a que envolve a constitucionalidade ou não de um ato normativo, não sendo esse controle realizado por meio de um mero incidente em um caso concreto. Daí falar-se em via principal ou via de ação, pois haverá ações específicas (Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade, por exemplo) só para discutir a constitucionalidade de leis. Nessa espécie de controle, haverá um processo objetivo, com uma série de particularidades tratadas posteriormente na obra, no qual se discute tão somente a validade em si de uma lei, visando, portanto, à preservação da harmonia do sistema jurídico com a eliminação de normas que sejam inadequadas em relação à Constituição

É importante salientar que o modo principal ou por via de ação, em regra, se associa com o controle concentrado de constitucionalidade, ao passo que o incidental ou por via de exceção, em geral, se associa ao controle difuso. Todavia, isto funciona como regra no Brasil, no qual também há exceções.

2.4 Formas de Inconstitucionalidade

Vários critérios podem ser utilizados para se aferir as formas de inconstitucionalidade. Para cumprir e se manter fiel ao objeto da pesquisa, analisar-se-á, quatro principais: a) quanto ao tipo de conduta praticada pelo Poder Público; b) quanto a norma constitucional ofendida; c) quando ao momento em que ocorre a inconstitucionalidade; d) quanto ao prisma de apuração.

2.4.1 Quanto ao tipo de conduta praticada pelo poder público

De acordo com o tipo de conduta, a inconstitucionalidade pode ser por ação ou por omissão.

Explica Fernandes (2020, p. 1811):

[...] a definição de ato inconstitucional se relacionada com a inadequação entre uma conduta (ou alguma prática) do Poder Público em relação às normas de cunho constitucional. Porém, essa conduta que irá contrariar preceitos constitucionais pode ser tanto positiva quanto negativa. Daí a diferenciação quanto ao **tipo de conduta** entre a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão (grifo do autor)

A inconstitucionalidade por ação é aquela que decorre de um *facere*, ou seja, diz respeito a uma conduta positiva (comissiva) praticada pelo Poder Público que contraria normas previstas na Constituição. A questão se torna mais clara ao recorrermos ao campo exemplificativo: A Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), em sua redação original, vedava a progressão de regimes em abstrato, ou seja, o apenado começava a cumprir sua pena no regime fechado e terminava neste mesmo regime. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que essa regra violava o princípio da individualização da pena, razão pela qual declarou a norma inconstitucional. Neste caso, se verifica uma inconstitucionalidade por ação do Poder Público, ou seja, ele agiu de forma contrária a um preceito constitucional.

Conforme o escólio de Mendes e Branco (2019, p. 1199):

A garantia jurisdicional da Constituição constitui elemento do sistema de medidas técnicas cujo objetivo é assegurar o exercício regular das funções estatais, as quais possuem caráter jurídico inerente: consistem em atos jurídicos. São eles atos de criação de normas jurídicas ou atos de execução de Direito já criado, ou seja, de normas jurídicas já estatuídas

A concepção do controle de constitucionalidade vem do fato de a Constituição se apresentar como fundamento indispensável das demais normas jurídicas, as quais, na lição de Kelsen (1981 apud Mendes e Branco, p. 1199), “regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal”.

Já a inconstitucionalidade por omissão é aquela que ocorre quando há um *non facere* ou *non prestare* por parte do Poder Público, ou seja, decorre de uma conduta negativa, na qual estes não atuam, restam em inércia e, com isso, deixam de agir conforme a Constituição da República determina.

Note as palavras de Mendes e Branco (2019, p. 1200) ao afirmarem que:

[...] o reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão é relativamente recente. Antes, a inconstitucionalidade da lei configurava sempre caso de inconstitucionalidade por ação, ou seja, resultante de um afazer positivo do legislador.

A omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna, como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação

A Constituição da República tem determinadas normas que impõem condutas aos Poderes Públicos. Quando estes não obedecem a essas determinações contidas no texto constitucional, seja por não fazer ou não prestar algo que deveria ser feito, pode-se dizer que há uma inconstitucionalidade por omissão.

Portanto, a inconstitucionalidade por omissão pode ocorrer tanto quando não são adotadas ou mesmo quando adotadas, mas de modo insuficiente, as medidas necessárias para tornar plenamente aplicáveis determinados preceitos constitucionais que reclamam concretização.

É interessante destacar que Fernandes (2020, p. 1812) menciona, ainda, a classificação da omissão em total (absoluta) ou parcial:

A omissão total ocorre na hipótese de ausência de norma para viabilizar direitos previstos na Constituição, ou seja, nesse caso o legislador realmente não empreendeu a providência legislativa devida. Já a omissão parcial ocorre quando existem ato normativo, mas é insuficiente (insatisfatório) para a viabilização adequada de direitos previstos na Constituição

Em síntese conclusiva, existem determinados preceitos que não podem ser aplicados diretamente pelo magistrado, ou seja, preceitos que dependem de uma intermediação ou do Poder Legislativo ou do Poder Executivo e, quando há omissão por parte desses Poderes, pode haver a declaração de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que a Constituição da República determina a sua atuação e mesmo assim aqueles se omitem.

2.4.2 Quanto à norma constitucional ofendida (ou quanto ao tipo de vício ocorrido)

Este critério leva em consideração o parâmetro, isto é, a norma da Constituição Federal que foi ofendida por aquela conduta comissiva ou omissiva do Poder Público. Conforme exposto anteriormente, tem-se que os atos normativos e as leis devem respeitar os requisitos formais e materiais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil para terem validade e, desta forma, se adequarem à Constituição.

Neste caso, a inconstitucionalidade pode ser conceituada como formal (nomodinâmica) ou material (nomoestática). A inconstitucionalidade formal é conhecida como nomodinâmica, pelo fato de estar relacionada à dinâmica de elaboração das normas infraconstitucionais. Em sendo assim, diz-se que a inconstitucionalidade formal ocorre quando a norma constitucional ofendida estabelece o procedimento de criação de outras normas, ou seja, uma dinâmica de criação de outras normas jurídicas, que foi violado.

É nesse sentido a lição de Fernandes (2020, p. 1812), para quem a inconstitucionalidade formal:

[...] é aquela que envolve um vício no processo de produção das normas jurídicas, na medida em que as leis ou atos normativos são editados em desconformidade com as normas previstas constitucionalmente. Nesse sentido, fala-se na obediência a requisitos formais. Esses dizem respeito, conforme salientado, ao modo ou à forma de elaboração (produção) da lei ou do ato normativo. Ou seja, se as leis ou os atos normativos respeitaram (observaram) em sua gênese as normas previstas na Constituição. Sem dúvida, os vícios formais envolvem defeitos na formação do ato normativo

É interessante destacar que, atualmente, em nosso ordenamento jurídico, doutrina e jurisprudência mencionavam três tipos de inconstitucionalidade formal: inconstitucionalidade formal orgânica; inconstitucionalidade formal por descumprimento dos pressupostos objetivos e; inconstitucionalidade formal propriamente dita.

A inconstitucionalidade formal orgânica ocorre quando há violação de norma definidora do órgão competente para tratar da matéria. Daí o nome, “orgânica”, porque o órgão competente para tratar da matéria não foi descrito na norma constitucional.

Cunha Júnior (2019, p. 199) pontua que “a inconstitucionalidade orgânica decorre do vício de incompetência do órgão de onde provém o ato normativo [...]”.

Já Fernandes (2020, p. 1812) aduz que:

[a inconstitucionalidade formal orgânica] envolve o descumprimento de regras de competência previstas na CR/88 para a produção do ato. Como exemplo, podemos citar uma norma estadual que venha a legislar sobre direito penal e com isso descumprir o art. 22, I, da CR/88, que estabelece ser matéria de competência privativa da União a legislação sobre direito penal. Portanto, se uma Lei Estadual dispuser sobre essas matérias do art. 22, I, (sem a necessária delegação prevista no art. 22, parágrafo único) haverá, então, a inconstitucionalidade formal orgânica por descumprimento de regra de competência

Nesses termos, são as lições de Barroso (2007, p. 26): “a primeira possibilidade a se considerar, quanto ao vício de forma, é a denominada inconstitucionalidade orgânica, que se traduz na inobservância da regra de competência para a edição do ato”.

Já a inconstitucionalidade formal por descumprimento (violação) dos pressupostos objetivos, ocorre quando não são observados determinados requisitos estabelecidos na Constituição. Ou seja, existem determinados pressupostos, definidos na Constituição da República, a serem compreendidos como determinantes para os órgãos legislativos no exercício da função legiferante e, esses requisitos, não são observados quando da elaboração de um determinado ato normativo.

Como exemplo, cita-se a edição de medidas provisórias sem a observância dos requisitos de relevância e urgência (art. 62, CF/88). Caso esses pressupostos não sejam observados, haverá uma inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos.

É interessante a observação trazida por Fernandes (2020, p. 1813) quanto à inconstitucionalidade por descumprimento dos pressupostos objetivos:

No que tange ao descumprimento dos pressupostos objetivos, o STF, no julgamento da ADI n. 2.240, em que se debatia a inconstitucionalidade da Lei do Estado da Bahia n. 7.619/2000, que criou o Município Luís Eduardo Magalhães sem o devido cumprimento dos pressupostos previstos no referido art. 18, § 4º, da CR/88, declarou a inconstitucionalidade da referida Lei, porém não pronunciou a sua nulidade, mantendo sua vigência por mais 24 meses. Aqui é bom que se diga que a Emenda Constitucional n. 57/2008 acrescentou o art. 96 no ADCT, que estabeleceu a convalidação dos

municípios criados por lei estadual até 31 de dezembro de 2006, nos seguintes termos: “Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.” Porém, essa Emenda Constitucional, que concedeu uma verdadeira “anistia” aos Estados, não resolveu de vez o problema atinente à criação de novos municípios no Brasil, pois, se atualmente forem criados municípios por Leis Estaduais, essas Leis serão inconstitucionais pela não existência da Lei complementar prevista no art. 18, § 4º, da CR/88 (descumprimento de um pressuposto objetivo)

Em síntese conclusiva, a inconstitucionalidade formal propriamente dita é aquela que decorre da violação de normas constitucionais do processo legislativo, previstas nos arts. 59 a 69 da Constituição Federal. Ocorrerá, assim, “o descumprimento do devido processo legislativo constitucional” (FERNANDES, 2020, p. 1813). É certo que a inconstitucionalidade formal propriamente dita pode ser subdividida em objetiva e subjetiva.

A inconstitucionalidade formal subjetiva está relacionada ao sujeito responsável por tomar a iniciativa para a produção das normas jurídicas, ou seja, diz respeito à primeira fase do processo legislativo. Quando se trata de processo legislativo, os vícios relacionados à iniciativa geram uma inconstitucionalidade formal propriamente dita subjetiva.

Recorrendo ao campo exemplificativo, o art. 61, §1º, da Constituição Federal elenca matérias que são de iniciativa privativa do Presidente da República. Nesses casos, apenas o Presidente da República pode apresentar projetos de normas sobre os assuntos contidos no referido dispositivo normativo. Se um Deputado Federal ou mesmo um Senador apresentar projeto de lei, dando início ao processo legislativo sobre matéria de competência privativa do Presidente da República, haverá uma inconstitucionalidade formal propriamente dita subjetiva, ou seja, estar-se-á diante de um vício de iniciativa, uma vez houve usurpação da competência por sujeito diverso do previsto na norma.

A partir do exemplo citado, surge uma questão interessante: pode o Presidente da República sancionar o projeto de lei feito pelo parlamentar em que houve esta usurpação de iniciativa, ou seja, a sanção do Presidente tem o condão de suprir este vício?

O Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre a questão, inclusive editando verbete sumular de n. 5, dispondo que “a sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo”. Todavia, atualmente, este enunciado está superado.

Após a Constituição Federal de 1988, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não mais admite que o vício de iniciativa por parte do Presidente da República seja sanado pela sanção. A representação n. 890/74 foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal e definiu o afastamento da aplicação da súmula n. 5.

Outro exemplo que merece atenção se trata da inconstitucionalidade formal propriamente dita subjetiva que também pode ocorrer quando os legitimados à propositura de Emendas Constitucionais (art. 60, CF) não são respeitados. Se a iniciativa de uma proposta de emenda for realizada por um número menor do que 1/3 dos Parlamentares de uma das casas, haverá inconstitucionalidade formal subjetiva.

Já a inconstitucionalidade formal objetiva diz respeito às demais fases do processo legislativo. Amparando-se novamente das explicações de Fernandes (2020, p. 1814):

[...] dizem respeito às outras fases do processo legislativo, chamadas de **constitutiva** (na qual há a discussão e votação das proposições) e **complementar** (na qual ocorre a integração de eficácia do ato normativo já aprovado, por meio da promulgação e publicação). Se forem descumpridas algumas das regras previstas por essas fases, ocorrerá inconstitucionalidade formal objetiva. Um primeiro exemplo sempre citado é o do art. 69 da CR/88. O quórum previsto nesse artigo para a aprovação de Lei Complementar é o de maioria absoluta; se, por acaso, for aprovado um projeto de lei complementar com o quórum de maioria simples e for promulgada a Lei complementar pelo Presidente da República, haverá uma inconstitucionalidade formal objetiva dessa lei. Outro exemplo de inconstitucionalidade formal objetiva ocorre quando um projeto de lei aprovado na Casa revisora com emendas que causaram uma alteração substancial nele (projeto de lei advindo da Casa iniciadora) não volta para a Casa iniciadora apreciar as emendas, ou seja, para que a Casa iniciadora aprove ou não as emendas. Nesse caso, temos o descumprimento de uma norma prevista no processo legislativo, qual seja, o parágrafo único do art. 65 da CR/88(grifos do autor)

Em conclusão, afirma-se que qualquer vício relacionado às demais fases do processo legislativo, distintas da iniciativa, geram a inconstitucionalidade formal propriamente dita objetiva.

A segunda classificação trata-se da inconstitucionalidade material (nomoestática). É conhecida como nomoestática porque não envolve um processo dinâmico de produção de normas, mas, sim, uma violação ao próprio conteúdo da Constituição da República. Trata-se de uma norma constitucional de fundo, ou seja, uma norma que estabelece determinados direitos ou determinados deveres e é violada por uma lei ou um ato normativo do Poder Público.

Mendes e Branco (2019, p. 1188) aduzem que:

Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição.

A inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contratasse direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo

Nesse sentido, as palavras de Cunha Júnior (2019, p. 200), para quem:

A inconstitucionalidade material refere-se ao conteúdo do ato normativo. É materialmente inconstitucional todo ato normativo que não se ajusta ao conteúdo dos princípios e regras da Constituição. Todas as normas da Constituição, por serem imperativas, servem de paradigma material para o controle da constitucionalidade dos atos normativos, sejam elas expressas ou implícitas, desde que determinadas

Neste prisma, fala-se que haverá a inconstitucionalidade material, por parte de leis ou de atos normativos que contrariem o conteúdo da Constituição Federal de 1988. Como forma de exemplificação, quando determinada lei viola o princípio da isonomia, haverá inconstitucionalidade material (e não formal) ou, igualmente, quando a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº8.072/90), em sua redação originária, vedava peremptoriamente a progressão de regimes, houve uma inconstitucionalidade material por violação ao princípio da individualização da pena previsto na Constituição da República.

Nas palavras de Fernandes (2020, 1814), é importante salientar que a doutrina e jurisprudência pátria entendem que:

A inconstitucionalidade material ou substancial não irá ocorrer apenas quando houver uma contrariedade entre um ato normativo e seu parâmetro constitucional, pois também podemos detectar a inconstitucionalidade material na análise de “desvio de poder ou do excesso de poder legislativo”

Mendes e Branco (2019, p. 1188) explicam:

É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo

Como visto, doutrina e jurisprudência compreendem que se pode aferir a inconstitucionalidade substancial decorrente de desvio de poder ou de excesso de poder legislativo. Ambos os conceitos estão diretamente ligados com ao princípio da proporcionalidade. É uma questão delicada, já que se pode desaguar em subjetivismos hermenêuticos, conforme será oportunamente exposto.

Fernandes (2020, p. 1814-1815) sintetiza a questão:

[...] a verificação da inconstitucionalidade material, no que tange ao desvio de poder do legislador, refere-se diretamente ao princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, apontados, atualmente, como verdadeiros baluartes da jurisprudência constitucional europeia e nacional. Nesse sentido, será apreciado pelo órgão de controle de constitucionalidade se o ato normativo é adequado (relação de meios de fins), necessário (se existe outro meio menos gravoso ou o meio usado era a *ultimaratio*) e proporcional em sentido estrito (ponderação, ou seja, relação de ônus/bônus). Além do princípio da proibição do excesso, a mesma doutrina cita ainda a verificação (análise) no controle de constitucionalidade do **princípio da proibição da proteção insuficiente**. Nesses termos, o legislador não poderia atuar em excesso (devendo respeitar a proporcionalidade) e nem mesmo de forma insuficiente (devendo também respeitar a proporcionalidade) (grifos do autor)

Quanto aos conceitos citados (desvio de poder ou excesso de poder legislativo), socorre-se novamente acerca das lições de Mendes e Branco (2019, p. 1188-1190) que, com base na doutrina alemã, afirmam:

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

Como se vê, a inconstitucionalidade por excesso do poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Não se trata, propriamente, de sindicar os motivos internos da vontade do legislador (*motivi interior dela volizione legislativa*). Também não se cuida de investigar, exclusivamente, a finalidade da lei, invadindo seara reservada ao Poder Legislativo. Isso envolveria o próprio mérito do ato legislativo.

A doutrina indica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso [...] que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins.

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado), já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição da proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, naqueles casos em que o Estado não pode deixar de proteger de forma adequada esses direitos.

Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição do excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias) há outra faceta desse princípio, a qual

abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a da proibição de proteção insuficiente de determinada garantia fundamental

Tem-se, aqui, interessante reflexão a ser feita quanto ao controle de constitucionalidade. Atualmente, doutrina e jurisprudência pacíficas aceitam que o vício de inconstitucionalidade decorra do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo, conceitos que, como visto, estão ligados ao multicitado princípio da proporcionalidade. No entanto, ainda, reina grande dúvida quanto à natureza deste citado comando, isto é, se deve ser definido como regra, princípio ou postulado normativo. Todas essas questões serão ponderadas no decorrer do presente trabalho, analisando, ainda, como o princípio da proporcionalidade se tornou verdadeiro “alicerce” da jurisprudência nacional para resolver todo e qualquer problema.

3 BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

Por bloco de constitucionalidade, entende-se o parâmetro que será usado para o controle de constitucionalidade, ou seja, quais normas da Constituição serão analisadas para definir se a lei ou o ato normativo objeto da ação é (ou não) inconstitucional.

Conforme o Informativo 258 do Supremo Tribunal Federal, destaca-se a importância da definição do bloco de constitucionalidade:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO. A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO. A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO. O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS. NECESSIDADE DA VIGÊNCIA ATUAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL ALEGADAMENTE VIOLADO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO/SUPRESSÃO DO PARÂMETRO DE CONFRONTO. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA.

- A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça - reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. (grifos nossos)

Em princípio, há duas correntes que disputam o tema na doutrina e jurisprudência. A primeira defendendo um bloco de constitucionalidade em sentido amplo (ou ampliado), enquanto a segunda defende um bloco de constitucionalidade restrito.

Quanto à primeira posição, que defende um bloco de constitucionalidade ampliativo, o Ministro Celso de Mello (informativo 258/STF) entende que possam ser considerados:

[...] não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado.

É esta a posição adotada também por Ramos (2020, p. 554), que diz:

No texto constitucional, o art. 5º, §2º, permite, ao dispor sobre os “direitos decorrentes” do regime, princípios e tratados de direitos humanos, o reconhecimento de um bloco de constitucionalidade amplo, que alberga os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos

Em suma, a corrente ampla é aquela que tem o bloco de constitucionalidade como o conjunto de normas materialmente constitucionais, mesmo que não previstas expressamente no texto constitucional. Trata-se de posição minoritária.

No Brasil, adota-se o conceito de bloco de constitucionalidade restrito. Como explica Fernandes (2020, p. 1810):

[...] segundo o atual posicionamento do STF, adota-se no ordenamento pátrio um conceito de bloco de constitucionalidade restritivo em que o controle de leis ou atos normativos tem por parâmetro apenas as normas expressas ou implícitas na Constituição formal (bloco de constitucionalidade restrito) não se estendendo às normas infraconstitucionais materialmente constitucionais (bloco de constitucionalidade em sentido ampliado)

Desta forma, o parâmetro envolve apenas as normas constitucionais expressas e implícitas da Constituição formal, englobando o art. 1º ao art. 250 da Constituição da República e o ADCT. É necessário que sejam essas normas constitucionais originárias ou fruto de emendas constitucionais.

Como manifestação de uma norma constitucional implícita, que tem tido ampla aceitação em nosso ordenamento no controle de constitucionalidade, verificar-se o princípio (regra) da proporcionalidade.

3.1 Regra, Princípio ou Postulado Normativo da Proporcionalidade?

A proporcionalidade se tornou um verdadeiro baluarte do nosso sistema constitucional. Com efeito, por meio dela tem se tomado relevantes decisões, impactando a vida de milhares de brasileiros.

Conceitua-se o princípio da proporcionalidade como “[a] aferição da idoneidade, necessidade e equilíbrio da intervenção estatal em determinado direito fundamental” (RAMOS, 2020, p. 129).

Outro conceito pode ser extraído de Silva (2002, p. 24) ao dispor que:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito [...] empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais

Acerca do objetivo quanto à aplicação da proporcionalidade, são as palavras de Silva (2002, p. 24):

O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições

Fonteles (2019c, p. 64) por sua vez, aduz sobre a importância da utilização da proporcionalidade:

Sabemos que juízes não são sufragados nas urnas. Isso diminui sobremodo a legitimidade de decisões judiciais sobre questões não deliberadas pelo parlamento, vale dizer, diante dos chamados **vácuos normativos**. Exatamente para inibir decisionismos, que poderiam dar origem a uma *juristocracia*, alguns constitucionalistas idealizaram uma maneira de justificar racionalmente as decisões sobre a proporcionalidade de atos do Poder Público que restrinjam direitos fundamentais. Entre nós, o método desenvolvido por Robert Alexy apresenta três etapas prejudiciais [...] (grifos do autor)

Carvalho Filho (2019, p. 45), enfatizando a aplicação da proporcionalidade na área pública, sustenta que:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido

Nota-se, portanto, a importância da aplicação deste instituto nas mais variadas decisões sobre constitucionalidade de normas.

3.1.1 A natureza jurídica da proporcionalidade

A natureza jurídica da proporcionalidade é objeto de inúmeras divergências doutrinárias. No Brasil, a despeito da larga utilização da expressão “princípio da proporcionalidade”, não há consenso entre os autores se a proporcionalidade operaria realmente como um princípio, uma regra ou um postulado normativo.

Novelino (2020, p. 334) entende que a proporcionalidade deve ser “compreendida como um ‘postulado’, isto é, como uma metanorma que prescreve o modo de raciocínio e de argumentação relacionado às normas restritivas de direitos fundamentais”.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 164-165), baseiam-se na distinção entre normas de primeiro e segundo grau, para chegar à conclusão de que a proporcionalidade seria um postulado. Para os autores, normas de primeiro grau (princípios, regras e sobreprincípios), têm por objeto comportamentos humanos, enquanto normas de segundo grau (metanormas ou postulados normativos), têm por objeto a aplicação de outras normas. Com base nesta fundamentação, concluem que:

A proporcionalidade serve para a estruturação de aplicação de princípios e regras, especialmente de princípios, e tem por objetivo aferir a justa relação entre meio e fim. Sem relação entre meio e fim a proporcionalidade não tem qualquer utilidade: determinada restrição (meio) é sempre proporcional em relação à promoção de determinado estado de coisas (fim). Essa é a razão pela qual a proporcionalidade serve muitas vezes para estruturar a aplicação de princípios colidentes (2020, p. 165)

Ávila (2019, p. 176-182), por sua vez, também compreende a proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo. Segundo o autor, para a compreensão concreta do Direito, é necessária a observação de algumas condições, sendo que estas são definidas como postulados normativos aplicativos, pois se aplicam para solucionar questões que surgem quando da aplicação do Direito. Os postulados normativos se situariam num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estrutura. Em conclusão, aduz:

Normalmente, porém, as exigências de proporcionalidade, razoabilidade e proibição de excesso são definidas como princípios. Princípios, porém, não podem ser, quer seja adotada a distinção fraca, quer seja utilizada a diferenciação forte entre as espécies normativas.

Caso seja aceita a distinção fraca entre princípios e regras, a proporcionalidade [...] não pode ser considerada uma espécie de princípio, porque não tem elevado grau de abstração e generalidade: ela dirige-se a situações determinadas (colisão entre princípios em razão da utilização de um meio cuja adoção provoca efeitos que promovem a realização de um princípio, mas restringem a realização de outro) e a pessoas determinadas (sujeitos, normalmente autoridades públicas, que adotam medidas com a pretensão de realizar determinados princípios) (2019, p. 180-181).

Haeberlin (2018, p. 185-186) é crítico à concepção de proporcionalidade como postulado normativo. São suas críticas à teoria desenvolvida por Humberto Ávila:

Uma primeira crítica diz com a impropriedade da noção de proporcionalidade como postulado. Isso porque a palavra postulado possui significado bastante próprio na filosofia e na ciência em geral. Postulado, nessas áreas, significa algo “dado”, que aparece como condicionante de um sistema (por vezes fora do domínio da experiência) e que deve ser aceito independentemente da possibilidade de sua demonstração. Ocorre que a proporcionalidade, como a conhecemos no âmbito jurídico, não parece recepcionar tal significado, exatamente porque a proporcionalidade, sem demonstração (justificação), carece de sentido. Ademais, a proporcionalidade, parece-nos, prescreve um comportamento ao intérprete: adotar a melhor interpretação constitucional. Raciocinar e argumentar é um tipo de comportamento, de modo que a proporcionalidade, em que pese poder ser uma norma estrutural, não pode possuir como característica o fato de não prescrever comportamentos.

Uma segunda crítica refere-se à impropriedade de um conceito apenas normativo ou formal de proporcionalidade. A proporcionalidade não parece ser apenas normativa, pois, enquanto norma de segundo grau, ela é, por definição, metanomológica. Tampouco pode ser considerada normativa como oposição a um pragmatismo, pois o pragmatismo é condição de possibilidade da proporcionalidade, porquanto o intérprete, à vista de solucionar a colisão de direitos fundamentais, deve, *in concreto*, analisar a realidade subjacente à colisão. Tampouco parece ser a proporcionalidade formal. Aqui, parece haver uma contradição na exposição.

Já Silva (2002, p. 24-26) entende que a proporcionalidade trata-se de uma regra, baseando sua interpretação na distinção efetuada por Robert Alexy. Segundo o autor, Alexy divide as normas jurídicas em duas categorias (regras e princípios), sendo que esta distinção não é baseada em critérios de generalidade ou especialidade da norma, mas sim, em sua forma de aplicação e estrutura. As regras expressariam deveres definitivos, sendo aplicadas por meio de subsunção. Por sua vez, os princípios expressariam deveres *prima facie*, sendo, em conhecida expressão, “mandamentos de otimização”, isto é, normas que obrigariam que algo seja realizado na maior e melhor medida possível, sendo que o seu conteúdo definitivo somente seria fixado após o sopesamento com outros princípios

colidentes. Surge como conclusão cristalina que, pelo menos com base na classificação de Robert Alexy, a proporcionalidade não pode ser considerada um princípio, pois “não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações” (SILVA, 2002, p. 25).

Tal concepção também não é imune de críticas. Ávila (2019, p. 181), entende que a proporcionalidade “[...] também não pode ser considerada uma regra, pois não tem uma hipótese e uma consequência que permita a subsunção do conceito do fato ao conceito da norma”.

Tecendo críticas à teoria de Virgílio Afonso da Silva, defensor da proporcionalidade como regra, tem-se as palavras de Haerberlin (2018, p. 187-188):

[...] parece-nos que a concepção não é ileso de críticas, notadamente a da impropriedade do tratamento da proporcionalidade (apenas) como regra. Começa-se por um argumento evidenciativo: a proporcionalidade parece comportar características indefensáveis às regras. Não haveria, por exemplo, como uma regra determinar o quanto de uma ação estatal beira ao excesso e o quanto revela insuficiência. Do mesmo modo, seria inusitado à proporcionalidade, fosse ela uma regra, determinar a invalidação de outras regras do parlamento, por inconstitucionais. Ao afirmar que a proporcionalidade seria uma regra porque guarda as características de regra, temos que o autor confunde incondicionalidade e subsuntividade. De fato, a proporcionalidade é incondicional (toda vez em que há um conflito entre princípios, tem ela lugar). Todavia, é hermeneuticamente incoerente dizer que a proporcionalidade aplica-se por subsunção, o que seria aceitar que esta, a partir de premissas elencadas pelo intérprete, atravessaria um desencadeamento lógico até alcançar a resposta “correta” ao conflito normativo de princípios

Em conclusão, Haerberlin (2018, p. 28-29) afirma que a proporcionalidade permite duas naturezas diferentes: princípio e metanorma. Em seus dizeres:

A proporcionalidade pode ser entendida desde uma natureza de princípio quando existe como um comando de objetivo específico, aplicável com maior ou menor densidade interpretativa, ensejando um “sentido de proporcionalidade”. De fato, guardada essa natureza, revela a noção de um princípio *de* proporcionalidade, ou seja, um princípio que requer proporção em algum sentido relacional que tenha se tomado como base interpretativa. Como exemplos constitucionais, tem-se o art. 45, § 1º, na parte em que determina que a composição representativa da Câmara dos Deputados obedeça à proporcionalidade da população dos Estados e do Distrito Federal, e o art. 145, § 1º, na parte em que estabelece um poder-dever de se estabelecer uma gradação dos impostos pessoais proporcionalmente à capacidade econômica do contribuinte. Essa noção de proporcionalidade pode aparecer em atos normativos de hierarquia infraconstitucional ou, mesmo, em atos administrativos. Nesse sentido de princípio, a proporcionalidade poderia ser conceituada como uma diretriz normativa jurídico-axiológica, positivada ou não, que

estabelece uma razão relacional na concretização de um determinado bem jurídico, seja obrigando em comissão, seja obrigando em omissão, tanto os particulares como o Poder Público.

Não obstante, a proporcionalidade pode ser entendida também desde uma natureza de metanorma (aceitando-se, pois, a concepção segundo a qual há, no direito, metanormas, ou normas de segundo grau, que estruturam as demais normas), quando é utilizada na interpretação daqueles que se convencionaram chamar “casos difíceis” (*hardcases*), isso é, casos em que dois ou mais princípios, *in concreto*, apresentam-se de modo colidente. Nessa perspectiva, a proporcionalidade, mais do que diretriz normativa, é uma diretriz de aplicação das regras e dos princípios subsumíveis ao caso concreto. Nessa função, a proporcionalidade é [...] um instrumento de equidade e de decidibilidade, invocando, respectiva e concomitantemente, os valores da justiça e da segurança jurídica. Diante desses contornos, a proporcionalidade no sentido de uma metanorma pode ser conceituada como uma diretriz axiológica para a resolução de casos jurídicos nos quais diferentes princípios são colocados, concretamente, em colisão, valendo-se de parâmetros de decidibilidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) como instrumentos para a realização da justiça

Há, ainda, aqueles que partem da concepção de que a proporcionalidade não seria um princípio, tampouco uma regra, mas sim um método de interpretação desenvolvido para se alcançar uma decisão racional. Baseando-se nesta construção, Gomes (2020, p. 41) afirma:

Pode-se, porém, dizer que a proporcionalidade constitui um método e não um princípio. Tal método foi desenvolvido com vistas a se alcançar uma decisão racional acerca de determinado problema jurídico, no qual se vislumbra colisão de princípio ou direitos fundamentais.

Portanto, a proporcionalidade não se trata propriamente de princípio jurídico, mas de método. Princípios são considerados mandamentos de otimização, e como tal podem ser satisfeitos ou produzir efeitos em variados graus ou medidas; a satisfação deles não depende só de circunstâncias fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. Já a proporcionalidade constitui um método fixo, em si mesmo não comportando variações quando de sua aplicação – o que varia são os resultados que sua observância enseja. A proporcionalidade tem por objeto princípios colidentes, ou melhor, solucionar racionalmente a colidência

Do apanhado exposto, compreende-se que realmente a proporcionalidade não pode ser considerada um princípio. Isso porque a proporcionalidade não é ponderada frente a um princípio diverso. Recorrendo ao campo exemplificativo, não se pondera a proporcionalidade com o princípio da igualdade. Trata-se de uma estrutura formal de conformação entre princípios.

Não obstante as ponderações supramencionadas, a prática jurídica brasileira, contudo, convencionou adotar a expressão “princípio da

proporcionalidade”. De fato, tanto em julgados do Supremo Tribunal Federal quanto na doutrina, adota-se esta expressão sem maiores considerações críticas, como se nota das seguintes ementas:

Ementa: PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO TENTADO. RÉU PRIMÁRIO. QUALIFICAÇÃO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E ESCALADA. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade. 3. Caso em que a maioria formada no Plenário entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, nem abrandar a pena, já fixada em regime inicial aberto e substituída por restritiva de direitos. 4. Ordem denegada. (HC 123734, Rel. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015).

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. §1º do art. 28 da Lei n. 12.663/2012 (“Lei Geral da Copa”). Violação da liberdade de expressão. Inexistência. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Juízo de ponderação do legislador para limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e atentar contra a segurança dos participantes de evento de grande porte. Medida cautelar indeferida. Ação julgada improcedente. (ADI 5136 MC, Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2014) (grifos nossos).

Também se observa a adoção da proporcionalidade como princípio no recente voto da Min. Cármen Lúcia na ADI 6031:

O exame da norma impugnada, tendo como parâmetro constitucional o princípio da proporcionalidade, torna indispensável a conceituação e o campo de incidência desse princípio como critério válido para o exercício do controle abstrato e concentrado das normas.

O princípio da proporcionalidade, capaz de integrar juridicamente situação que envolva direitos fundamentais conflitantes, incide quando houver medida concreta destinada a efetivar uma finalidade.

Referido princípio se desdobra em subprincípios pelos quais se revelam o princípio da adequação determinando que se observe, na espécie em exame, se a medida restritiva do direito fundamental é idônea a atingir a finalidade pretendida com a restrição; o princípio da necessidade, pelo qual, entre vários meios apropriados para a obtenção da finalidade objetivada, deve-se escolher o meio mais eficaz e menos gravoso ao direito restringido; e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual se deve atentar à justa medida entre a restrição e a finalidade dos princípios conflitantes [...] (ADI 6031, Rel. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2020).

A eminente ministra, para fundamentar seu voto, cita a doutrina de Humberto Ávilanosseguintes termos:

[...] Para Humberto Ávila, a proporcionalidade, postulado estruturador da aplicação de princípios que se imbricam em torno da relação de causalidade entre medida e finalidade, não se dota de aplicação irrestrita, sua incidência não prescinde de elementos sem os quais não pode ser invocada. Sem o meio, o fim concreto e a relação de causalidade entre esses, não se pode cogitar do postulado da proporcionalidade [...] (ADI 6031, Rel. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2020)

Como visto acima, Ávila compreende a proporcionalidade como postulado normativo e não como um princípio. Isto demonstra uma falta de técnica, já que a definição da natureza da proporcionalidade como princípio ou postulado normativo implica em diferentes consequências, de modo que, para fundamentar seu voto, que se baseia na proporcionalidade com natureza de princípio, a ministra utiliza de doutrinas que tratam o tema de maneira completamente diferente, afinal “método, regras, princípios e postulados não são aspectos distintos de um mesmo fenômeno. São distintos fenômenos” (HAEBERLIN, 2018, p. 190).

De modo a apresentar argumentos para encerrar a discussão terminológica adotada na prática brasileira, Silva (2002, p. 26) aduz que a adoção do termo “princípio” se prestaria apenas a conferir importância ao conceito de proporcionalidade, e não para se contrapor as regras jurídicas. São seus dizeres(2002, p. 26):

Quando se fala em princípio da proporcionalidade, o termo "princípio" pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo "princípio", não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraposto a regra jurídica. Não há como querer, por exemplo, que expressões como "princípio da anterioridade" ou "princípio da legalidade" sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo "princípio", qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso

E arremata o autor (2002, p. 26), confirmando que, realmente, o multicitado “princípio da proporcionalidade” não teria o mesmo sentido de “princípio” em contraposição às regras, pelo menos não com base na teoria de Robert Alexy:

Mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo "princípio" é deixar claro que ele, na expressão "princípio

da proporcionalidade", não tem o mesmo significado de "princípio" na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Robert Alexy

Superada a análise terminológica do termo, faz-se necessário tecermos algumas considerações quanto à origem da regra da proporcionalidade.

3.1.2 A origem da proporcionalidade

É importante, neste momento, definir a origem da proporcionalidade, pois, tem-se substrato relevante para se entender sua evolução até os dias atuais, notadamente quanto à sua aplicação no cenário jurídico pátrio.

Fernandes (2020, p. 277) esclarece que o desenvolvimento da proporcionalidade se deu nos trabalhos do Tribunal Constitucional Alemão a partir do caso *Luth*:

Sem dúvida, na Corte Alemã, o caso *Luth* julgado em janeiro de 1958 deu origem à incidência do princípio da proporcionalidade como um critério para a ponderação de bens. Posteriormente, temos o caso *Apotheken* decidido em junho do mesmo ano. O interessante é que, atualmente, no Brasil, a regra (ou para alguns: postulado ou máxima) da proporcionalidade vem atuando recorrentemente como critério para aferição da legitimidade material dos atos realizados pelos Poderes Públicos. Nesses termos, a "proporcionalidade", seja como proibição do excesso ou como proibição da proteção insuficiente, apresenta-se como um parâmetro (uma norma constitucional não expressa, mas implícita) para o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos

Arenhart e Osna (2020, p. 36) caminham no mesmo sentido ao afirmarem:

[...] o critério da proporcionalidade nasceu a partir de instrumentos argumentativos utilizados como elemento de proteção das liberdades individuais em face do poder (e, em particular, do poder de polícia) do Estado. Sua origem está vinculada à interpretação dada por tribunais europeus a respeito da atividade pública que interferia na esfera do particular, manejando o potencial conflito entre a proteção de seu núcleo individual e o interesse público, representado pela atuação do Estado na consecução do bem comum.

[...]

Esse critério da proporcionalidade perseguiria, em última análise, a procura do "melhor" meio de intervenção do Judiciário, daquele menos gravoso, observados os parâmetros de necessidade e adequação ao caso concreto. Segundo a orientação alemã, ele mereceria ter aplicação não apenas no campo da colisão de princípios, mas também em qualquer setor em que se verifique o atrito de valores ou o conflito entre o interesse público e o particular

De fato, “pode-se dizer que a maioria dos autores concorda sobre a origem germânica do princípio [...]” (HAEBERLIN, 2018, p. 170), sendo recorrente atribuir sua gênese ao Tribunal Constitucional Alemão. Todavia, não há consenso se teria realmente surgido a partir do caso *Lüth*, como assinalam alguns autores.

Scholler (1999, apud HAEBERLIN, 2018, p. 170) aduz que “o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se, originariamente, no âmbito do direito administrativo, mais especificamente, das normas sobre o poder de polícia e seus limites, evolução que já remonta ao século XIX”. Corroborando com a ideia do surgimento da proporcionalidade no âmbito do Direito Administrativo, Barroso (2020, p. 250-251) assinala:

Na Alemanha [...] o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se no âmbito do direito administrativo, funcionando como limitação à discricionariedade administrativa. É natural que lá não tenha surgido como um princípio constitucional de controle da legislação. É que até a segunda metade do século XX [...] vigorava na Europa continental a ideia de que a soberania popular se exercia por via da supremacia do Parlamento, sendo o poder do legislador juridicamente ilimitado. Como consequência, não era possível conceber o princípio da proporcionalidade como fundamento de controle judicial da atuação do Parlamento, mas apenas dos atos administrativos. Somente após a Lei Fundamental de 1949 esse quadro se alterou

Haeberlin (2018, p. 171) por sua vez, atribui que a “noção” da proporcionalidade poderia sim ser compreendida da prática judicial inglesa ou da Carta de João Sem Terra, mas não da forma como se conhece hoje. Note as palavras:

À vista de um acordo semântico, pode-se atribuir uma “noção” de proporcionalidade à prática judicial inglesa ou à Carta de João Sem Terra, de 1215. Impróprio extrair daí, com efeito, um princípio da proporcionalidade nos contornos em que hoje o conhecemos. Fazer isso seria análogo a dizer que o direito ambiental foi criado pelos romanos, considerando que em sua lei dispunha que os frutos da árvore quedados na propriedade vizinha ao vizinho pertenciam. A despeito da tentação satírica com nostálgicos romanistas e o seu resgate de institutos oblíquos, a pretensão não parece se sustentar.

A gênese da proporcionalidade como princípio é, entendemos, alemã, e deita raízes nas restrições ao poder de polícia. É dizer, nos limites às limitações exercidas pelo Estado na liberdade individual e na propriedade privada

Da discussão sobre a origem desembocamos em outra, qual seja, tomar a proporcionalidade e razoabilidade como expressões sinônimas.

3.1.3 A distinção entre a proporcionalidade e a razoabilidade

É muito comum encontrar obras que tomem como equivalentes a proporcionalidade e a razoabilidade. Nesse sentido, é a dicção de Barroso (2020, p. 251-252):

[...] a ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito do devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte disso, deve-se que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, a razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo maior proveito metodológico ou prático na distinção. (grifos nossos)

No âmbito do Direito Administrativo, Di Pietro (2019, p. 108) compreende que a proporcionalidade constitui um dos aspectos da razoabilidade. Veja suas palavras:

Embora a Lei n. 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e na pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto

Utilizando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como parâmetro de definição, chega-se à conclusão de que é relativamente comum os Ministros confundirem os termos da proporcionalidade e razoabilidade, usarem ambas de forma conjunta, ou utilizarem-se de uma como “espécie” da outra, como se nota nas seguintes ementas:

Ementa: PENA – EXECUÇÃO – REGIME DE CUMPRIMENTO. Não se tratando de réu reincidente, ficando a pena no patamar de quatro anos e

sendo as circunstâncias judiciais positivas, cumpre observar o regime aberto – artigo 33 do Código Penal. HABEAS CORPUS – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – JUSTIÇA VERSUS ILEGALIDADE. De regra, a pena é fixada sob o ângulo do justo ou do injusto, descabendo cogitar de ilegalidade. Surgindo das premissas da decisão proferida o atendimento ao princípio da razoabilidade, considerada a espécie proporcionalidade, mostra-se improcedente a impetração (HC 127.130/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 29/03/2016).

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AMBIENTAL. DANO AMBIENTAL. DEMOLIÇÃO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 1263236 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, julgado em 16/09/2020)

Há autores como Barros (2000, p. 57), que a questão ora discutida, isto é, que a expressão razoabilidade seria a nomenclatura norte-americana para o que os alemães chamam de proporcionalidade. Para outros autores, contudo, proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade tanto pela origem quanto por sua estrutura.

Silva (2002, p. 29) aduz que é equivocado atribuir a origem de ambos os institutos à Magna Carta de 1215:

Este documento seria a fonte primeira do princípio da razoabilidade e, portanto, também da proporcionalidade. Essa identificação histórica é, por diversas razões, equivocada. Em primeiro lugar, visto que ambos os conceitos - razoabilidade e proporcionalidade - não se confundem, não há que se falar em proporcionalidade na Magna Carta de 1215. Além disso, é de se questionar até mesmo a afirmação de que a regra da razoabilidade tenha origem nesse documento

Fernandes (2020, p. 276) também rejeita a ideia de que a Magna Carta de 1215 seria o documento de onde surgiu a proporcionalidade:

Assim, falar, como Luís Roberto Barroso, que tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade têm suas gêneses históricas na Magna Carta de 1215 soa (em nossa perspectiva) um tanto quanto inadequado. Primeiro, porque na tradição inglesa fala-se em “irrazoabilidade” – como condição para anulação e controle judiciais dos atos estatais; e, segundo, porque sua origem não decorre da Magna Carta nem de qualquer documento legislativo posterior, mas de uma construção jurisprudencial em uma decisão de 1948, que criou o chamado teste Wednesbury, que basicamente representa uma rejeição aos atos estatais excepcionalmente irrazoáveis.

[...]

No cenário inglês, o interesse pela “proporcionalidade” só foi acontecer com a adoção do *HumanRightsAct*, em 1998, de modo que paulatinamente essa substitui a noção de “irrazoabilidade” (grifos do autor)

Trata-se, portanto, de um indício claro de que proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimas. Como demonstra o autor, na tradição inglesa não se falava em razoabilidade, mas sim irrazoabilidade, que também não teria surgido em 1215, mas tão somente em decisão judicial proferida em 1948. Corroborando com a última hipótese descrita, a do interesse pela proporcionalidade apenas com o *Human Rights Act* de 1998, Silva (2002, p. 29) pondera:

A não-identidade entre os dois conceitos fica ainda mais clara quando se acompanha o debate acerca da adoção do *HumanRightsAct* de 1998 na Inglaterra. Somente a partir daí passou a haver um real interesse da doutrina jurídica inglesa na aplicação da regra da proporcionalidade, antes praticamente desconhecida na Inglaterra. Atualmente, discute-se qual o papel que a regra da proporcionalidade deverá desempenhar *ao lado* do princípio da irrazoabilidade ou, até mesmo, se aquela deverá substituir este. Se ambos fossem sinônimos, essa discussão seria impensável

Por óbvio, conforme demonstrado, fosse a proporcionalidade sinônimo de razoabilidade, não haveria maiores questionamentos quando da sua aplicação, se ao lado do princípio da razoabilidade ou se em substituição a este.

Ademais, o “*teste Wednesbury*”, desenvolvido a partir de decisão judicial proferida em 1948, implica a rejeição de atos estatais que sejam considerados excepcionalmente irrazoáveis. Desta maneira, percebe-se que “o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis” (SILVA, 2018, p. 29). Ao lado desse farto material argumentativo, cabe destacar ainda que, não necessariamente, um ato considerado desproporcional será irrazoável, pelo menos não na forma como a jurisprudência inglesa o fixou, uma vez que não é necessário, para que seja desproporcional, que haja uma hipótese de extrema irrazoabilidade.

É nesse sentido a observação de Haerberlin (2018, p. 188), quando assinala que:

A razoabilidade, desde sua origem no Direito inglês (especialmente a partir do *Wednesburytest*), não possui uma estrutura própria de aplicação. Trata-se, antes, de uma exigência argumentativa que busca afastar do ordenamento jurídico atos não razoáveis do Poder Público

Quanto aos demais argumentos, o autor concorda com Silva (2002, p. 29-30), no sentido de que a razoabilidade diferencia-se da proporcionalidade tanto por sua origem quanto por sua estrutura.

Na esteira deste consenso, Carvalho Filho (2019, p. 45) possui posição idêntica, para quem:

O princípio da proporcionalidade [...] guarda alguns pontos que o assemelham ao princípio da razoabilidade e entre eles avulta o de que é objetivo de ambos a outorga ao Judiciário do poder de exercer controle sobre os atos dos demais Poderes. Enquanto o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento na elaboração jurisprudencial anglo-saxônica, o da proporcionalidade é oriundo da Suíça e da Alemanha, tendo-se estendido posteriormente ao Direito da Áustria, Holanda, Bélgica e outros países europeus

Segundo o autor, mesmo guardando características em comum, como a concessão ao Poder Judiciário do poder de exercer controle sobre atos dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), a razoabilidade e a proporcionalidade têm origens diversas, sendo este o entendimento da maioria da doutrina, conforme será demonstrado.

Quanto ao processo de formação de ambos os postulados, conclui Carvalho Filho (2019, p 46):

No processo histórico de formação desses postulados, porém, pode afirmar-se que o princípio da razoabilidade nasceu com perfil hermenêutico, voltado primeiramente para a lógica e a interpretação jurídica e só agora adotado para a ponderação de outros princípios, ao passo que o princípio da proporcionalidade já veio a lume com direcionamento objetivo, material, visando desde logo ao balanceamento de valores, como a segurança, a justiça, a liberdade etc

Vale recordar, ainda, a despeito de todos os argumentos supramencionados, a previsão do art. 8º o Código de Processo Civil de 2015, em que diferencia razoabilidade e proporcionalidade:

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

Fossem sinônimas, não haveria porque o legislador citá-las de maneira separada, de modo a incidir o brocardo de que a lei não possui palavras inúteis.

Outra forma de associação entre a proporcionalidade e a razoabilidade, se dá na jurisprudência dos Estados Unidos, que é baseada no *devido processos substantivo* (*substantive due process*), que “de maneira bem sintética, estabelece uma relação de contabilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados – razoabilidade interna –, bem como a aferição da legitimidade dos fins – razoabilidade externa” (FERNANDES, 2020, p. 276).

O Supremo Tribunal Federal também costuma fazer esta associação, como se nota na seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI DISTRITAL QUE DISPÕE SOBRE A EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO CURSO E QUE AUTORIZA O FORNECIMENTO DE HISTÓRICO ESCOLAR PARA ALUNOS DA TERCEIRA SÉRIE DO ENSINO MÉDIO QUE COMPROVAREM APROVAÇÃO EM VESTIBULAR PARA INGRESSO EM CURSO DE NÍVEL SUPERIOR - LEI DISTRITAL QUE USURPA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA OUTORGADA À UNIÃO FEDERAL PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DAS LACUNAS PREENCHÍVEIS - NORMA DESTITUÍDA DO NECESSÁRIO COEFICIENTE DE RAZOABILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - ATIVIDADE LEGISLATIVA EXERCIDA COM DESVIO DE PODER - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR COM EFICÁCIA "EX TUNC". A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, QUANDO PRATICADA POR QUALQUER DAS PESSOAS ESTATAIS, QUALIFICA-SE COMO ATO DE TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL. - A Constituição da República, nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24), estabeleceu verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal (RAUL MACHADO HORTA, "Estudos de Direito Constitucional", p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas entre essas pessoas estatais, cabendo, à União, estabelecer normas gerais (CF, art. 24, § 1º), e, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (CF, art. 24, § 2º). - A Carta Política, por sua vez, ao instituir um sistema de condomínio legislativo nas matérias taxativamente indicadas no seu art. 24 - dentre as quais avulta, por sua importância, aquela concernente ao ensino (art. 24, IX) -, deferiu ao Estado-membro e ao Distrito Federal, em "inexistindo lei federal sobre normas gerais", a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que "para atender a suas peculiaridades" (art. 24, § 3º). - Os Estados-membros e o Distrito Federal não podem, mediante legislação autônoma, agindo "*ultra vires*", transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria (educação e ensino, na espécie). - Considerações doutrinárias em torno da questão pertinente às lacunas preenchíveis. TODOS OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO ESTÃO NECESSARIAMENTE SUJEITOS, PARA EFEITO DE SUA VALIDADE MATERIAL, À INDECLINÁVEL OBSERVÂNCIA DE PADRÕES MÍNIMOS DE RAZOABILIDADE. - As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de

razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "*substantive dueprocessoflaw*". Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade. A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS. - A exigência de razoabilidade - que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas - atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. (ADI 2667, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2002). (grifos nossos)

Conforme dicção do Ministro Celso de Mello:

O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive dueprocessoflaw*– acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive dueprocessoflaw*(ADI 1.407 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ 24/11/2000)

Conforme se nota, o eminente ministro extrai do *substantive due process of Law*, o fundamento da proporcionalidade, da mesma forma como é atribuído à razoabilidade por parte da doutrina norte-americana.

A doutrina não se convence acerca da fundamentação do Pretório Excelso. Rejeitando a equivalência entre proporcionalidade e razoabilidade, têm-se as palavras de Ávila (2019, p. 203):

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.

Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como o faz o postulado da proporcionalidade.

A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. Nessas hipóteses, princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente

determinada interpretação. Não há, no entanto, nem entrecruzamento horizontal de princípios, nem relação de causalidade entre um meio e um fim. Não há espaço para afirmar que uma ação promove a realização de um estado de coisas

Sobre o tema, acentua Novelino (2020, p. 339):

O postulado da proporcionalidade, no entanto, diferencia-se da razoabilidade não apenas por sua origem, mas também por sua estrutura e forma de aplicação. No postulado da proporcionalidade existe uma relação de causalidade entre meio e fim, exigindo-se dos poderes públicos a escolha de medidas adequadas, necessárias e proporcionais para a realização de suas finalidades, Por seu turno, a razoabilidade “determina que as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão”, aplicando-se a situações nas quais se manifeste um conflito entre o geral e o individual, norma e realidade regulada por ela ou critério e medida

Conforme saliente Silva (2002, p. 30-33), conclui-se que:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade.

[...]

A exigência de razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de "compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins". Essa configuração da regra da razoabilidade faz com que fique nítida sua não-identidade com a regra da proporcionalidade. O motivo é bastante simples: o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação (grifos nossos)

Desta maneira, conclui-se que razoabilidade e proporcionalidade não se confundem. A maioria da doutrina caminha no sentido de diferenciá-las, seja quanto a sua origem, seja quanto a estrutura e forma de aplicação. A razoabilidade corresponde, apenas, à primeira sub-regra da proporcionalidade, qual seja a adequação. Incorreto confundi-las, portanto.

3.1.4 Fundamento da regra da proporcionalidade: *substantive due process of law*?

Conforme destacado, a proporcionalidade não está explícita no texto constitucional, razão pela qual, seu fundamento de validade encontra-se implícito. Todavia, como é intuitivo, não há consenso quanto ao seu fundamento.

Mendes e Branco (2019, p. 218) resumem algumas posições:

Vozes eminentes sustentam que a base do princípio da proporcionalidade residiria nos direitos fundamentais. Outros afirmam que tal postulado configuraria expressão do Estado de Direito, tendo em vista também o seu desenvolvimento histórico a partir do Poder de Polícia do Estado. Ou, ainda, sustentam outros, cuidar-se-ia de um postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo

Prosseguem os autores (2019, p. 219-220) aduzindo que a jurisprudência da Corte Alemã determinou que o fundamento do princípio da proporcionalidade residisse tanto no âmbito dos direitos fundamentais quanto no Estado de Direito. Nesse sentido: “boa tarde da doutrina entende que a regra da proporcionalidade tem seu fundamento no chamado princípio do Estado de Direito. [...] Esta é uma tendência que, na Alemanha, encontra apoio em decisões do Tribunal Constitucional e na doutrina” (SILVA, 2002, p. 42).

Todavia, em algumas decisões, o Supremo Tribunal Federal encontra fundamento para a proporcionalidade, no inciso LIV, do art. 5º da CRFB/88. Na dicção do Ministro Celso de Mello:

O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (ADI 1.407 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 7-3-1996, Plenário, DJ 24-11-2000)

Como destacado acima, o eminente Ministro parece confundir proporcionalidade com razoabilidade. Em sede doutrinária, Mendes (2001, p. 25) enfatiza, como adequada, a corrente doutrinária que atribui o fundamento da

proporcionalidade ao devido processo legal substantivo, ao se referir aos dois termos como sinônimos, como se nota:

O princípio da proporcionalidade – também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo ou, ainda, princípio da proibição do excesso – constitui exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelece um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso” no cerceamento de tais direitos. (grifos nossos)

Recentemente, no julgamento conjunto das ADIs 6387, 6388, 6389 e 6393, em que se questionava a constitucionalidade da Medida Provisória 954/2020, Cavalcante (2020, s.p.) demonstra que o Pretório Excelso, se baseou na proporcionalidade com fundamento na dimensão substantiva do devido processo legal, para declarar a inconstitucionalidade da medida. *In ipsius litteris*:

A MP 954/2020 exorbitou os limites impostos pela CF/88, violando o princípio da proporcionalidade.

A MP 954/2020 exorbitou dos limites traçados pela Constituição ao dispor sobre a disponibilização dos dados pessoais de todos os consumidores dos serviços STFC e SMP, pelos respectivos operadores, a entidade integrante da Administração indireta.

O único dispositivo da MP 954/2020 que trata sobre finalidade e o modo de utilização dos dados pessoais é o § 1º do seu art. 2º. Esse dispositivo limita-se a dizer que os dados em questão serão utilizados exclusivamente pela Fundação IBGE para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares. O dispositivo, contudo, não delimita o objeto da estatística a ser produzida, nem a finalidade específica, tampouco a amplitude. Também não esclarece a necessidade de disponibilização dos dados nem como serão efetivamente utilizados.

Já o art. 1º, parágrafo único, da MP 954/2020 apenas dispõe que o ato normativo terá aplicação durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da COVID-19. Ainda que se possa associar, por inferência, que a estatística a ser produzida tenha relação com a pandemia invocada como justificativa da edição da MP, tal ilação não se extrai de seu texto.

Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP 954/2020 não oferece condições para avaliação da sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades.

A MP viola, portanto, a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), em sua dimensão substantiva (grifos nossos)

Mendes e Branco (2019, p. 225), após a análise de alguns julgados da Suprema Corte, chegam à conclusão de que a sede material da proporcionalidade estaria no devido processo legal:

[...] o Supremo Tribunal Federal considerou que, ainda que fosse legítimo o estabelecimento de restrição ao direito de partidos políticos de participar do processo eleitoral, a adoção de critério relacionado com fatos passados para limitar a atuação futura desses partidos parecia manifestamente inadequada e desnecessária e, por conseguinte, lesiva ao princípio da proporcionalidade.

Essa decisão parece consolidar o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade como postulado constitucional autônomo que teria a sua sede material na disposição constitucional sobre o devido processo legal (art. 5º, LIV).

Embora aparentemente redutora da fundamentação do princípio da proporcionalidade, essa posição aponta uma compreensão do princípio da proporcionalidade como princípio geral do direito. São muitas as manifestações que se colhem na jurisprudência sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade como princípio geral do direito.

Assinale-se que também entre nós tem-se utilizado o princípio da proporcionalidade na solução de conflitos federativos ou na superação de conflitos de atribuições entre órgãos constitucionais diversos (grifos nossos)

Dessa forma, amplas são as posições que apresentam o fundamento do princípio da proporcionalidade, baseando-se no princípio do devido processo legal, até o Estado Democrático de Direito. Pontes (2000, apud HAEBERLIN, 2018, p. 173), por sua vez, refere-se à *ratio essendi* da proporcionalidade com base na supremacia hierárquico-normativa da Constituição, uma vez que a proporcionalidade demonstraria que o Direito não se esgota na lei, mas nos valores constitucionais que representariam a vontade geral. Outros autores reconhecem que a proporcionalidade retira seu fundamento, no direito brasileiro, do art. 5º, §2º, da Constituição da República, que prevê: “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”, decorrendo do regime e dos princípios por ela adotados.

Silva (2002, p. 43) é enfático ao afirmar que a busca por uma fundamentação jurídico-positiva da proporcionalidade está fadada ao insucesso. Nesse sentido:

É de se reconhecer que pelo menos alguns desses dispositivos exigem que as atividades legislativa e executiva sejam controladas, para que se evitem abusos. O que resta sem resposta, contudo, é a razão pela qual esse controle deve ser feito por intermédio da aplicação da regra da proporcionalidade e não por outro método. Há diversos outros modelos de

controle que poderiam desempenhar a mesma tarefa. Na Itália, por exemplo, fala-se em *ragionevolezza*, para a qual não se aplicam as três sub-regras aqui discutidas. O mesmo vale para qualquer outro método.

[...]

A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais. Essa fundamentação não se confunde, contudo, com aquela anteriormente citada, segundo a qual a exigência de aplicação da regra da proporcionalidade, por decorrer "do regime e dos princípios" adotados pela Constituição, encontraria sustentação legal no § 2º do art. 5º. A fundamentação aqui seguida tem um caráter estritamente lógico, e valeria ainda que esse § 2º não existisse (grifos nossos)

Desta maneira, para o autor, a regra da proporcionalidade, como uma resposta para a solução de colisão entre direitos fundamentais, retira seu fundamento da própria estrutura dos direitos fundamentais e não estaria prevista, implicitamente, em um ou outro dispositivo da Constituição.

Haeblerlin (2018, p. 174) corrobora o entendimento de que, realmente, a proporcionalidade não estaria prevista apenas em um ou outro dispositivo da Constituição. Em suas palavras:

As concepções de fundamentos plúrimos preferem, em nosso ver, tanto a ideia de que o fundamento do princípio da proporcionalidade estaria subsidiada apenas em um ou outro dispositivo constitucional quanto a ideia de que a proporcionalidade seria uma *Natur der Sache* constitucional. Por fim – e em tempo –, convém sempre lembrar que, além dos lugares citados, a força normativa da proporcionalidade pode ser considerada corolário do valor supremo da justiça; no caso brasileiro, insculpido no preâmbulo da Constituição

O autor supracitado adota fundamento diferente dos citados anteriormente, qual seja, de que a proporcionalidade seria considerada um corolário do “valor supremo da justiça”. É certo que este entendimento é um pouco vago, apto a gerar insegurança jurídica nos jurisdicionados.

Em suma, Ramos (2020, p. 132-133) resume e explicita alguns fundamentos adotados pela doutrina nacional:

- 1) Estado Democrático de Direito. O princípio da proporcionalidade seria implícito a qualquer Estado de Direito, pois nesse tipo de Estado há a vedação do excesso de poder na condução dos atos estatais, como se vê em vários precedentes do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.
- 2) Devido processo legal. A proporcionalidade é fruto do reconhecimento do devido processo legal substancial, implícito no art. 5º, LIV, que exige que todo o comportamento do Estado seja devido, legítimo e pautado pela justiça material, funcionando a proporcionalidade como "princípio geral do

direito”. Esse fundamento, de origem norte-americana, tem forte repercussão na jurisprudência do STF [...].

3) Dignidade humana e direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade é justificado pelo vínculo de todo o ordenamento brasileiro à dignidade humana e aos direitos fundamentais (art. 1º, III), o que exige que todo ato dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e também as decisões judiciais) seja proporcional e atento à justiça material.

4) Princípio da isonomia. A proporcionalidade decorre do princípio da igualdade, pois os atos do Estado Democrático de Direito que sejam excessivos ou insuficientes contrariam a igualdade material e a justiça a todos devidas.

5) Direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. A proporcionalidade é considerada cláusula implícita decorrente do regime dos direitos fundamentais adotado pela Constituição (art. 5º, §2º). Esse fundamento é encontrado em precedentes do STF sob a vigência da Constituição de 1967

Sem embargo da divergência doutrinária, certo é que o princípio (ou regra) da proporcionalidade vem sendo amplamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal nas mais diversas decisões, no sentido de que, com sua utilização, chegaríamos a decisões dotadas de racionalidade. Todavia, não é bem assim, conforme se verificará adiante, já que “[...] nem sempre o recurso à regra da proporcionalidade é justificado nas decisões do Supremo Tribunal Federal” (SILVA, 2002, p. 32).

A análise concreta das decisões do Supremo fornecerá os elementos necessários para determinar como referido tribunal aplica o fenômeno da proporcionalidade.

3.1.5 Elementos (máximas parciais, sub-regras) do princípio da proporcionalidade

A doutrina aponta que a proporcionalidade se subdividiria em três sub-regras, a saber: (i) adequação; (ii) necessidade; (iii) proporcionalidade em sentido estrito.

Importante observar que a análise deve ser feita na sequência indicada acima, pois são estruturadas de “maneira a funcionarem sucessiva e subsidiariamente, mas nunca aleatoriamente” (FERNANDES, 2020, p. 277). Com base nesta análise sucessiva, chega-se à conclusão de que nem sempre será necessário a análise das três sub-regras. Caso a medida não seja *adequada*, impertinente continuar na análise da necessidade. Por isso, a adequação precede a

análise da sub-regra da necessidade, que, por sua vez, precede a proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido são as palavras de SILVA (2002, p. 34):

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito (grifos do autor)

Antes de se iniciar na análise das três sub-regras, convém dissipar uma dúvida recorrente: seriam sub-regras apenas a adequação e necessidade?

Desde logo, cabe mencionar que a corrente majoritária, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, adota a divisão em três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Todavia, respeitável corrente doutrinária, a exemplo do voto do Min. Gilmar Mendes no HC 127.573/SP, sustenta que seriam sub-regras apenas a adequação e necessidade, assumindo a proporcionalidade em sentido estrito “o papel de um controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão”. Vejamos:

Como venho afirmando em âmbito doutrinário, o princípio da proporcionalidade, em linhas gerais, se divide em dois subprincípios e, ainda, em um terceiro nível de ponderação em que se aprecia a proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (*NotwendigkeitoderErforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. [...]

A proporcionalidade em sentido estrito assumiria o papel de um controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução

encontrada ou a necessidade de sua revisão. (HC 127.573, Rel. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 11/11/2019)

Na já citada ADI 1407, em que o Relator Min. Celso de Mello fundamentou a proporcionalidade no *substantive due process of law*, há menção apenas da adequação e necessidade, “[...] sem nenhuma preocupação em aplicá-las ao caso concreto. O Tribunal, mais uma vez, limita-se a equiparar proporcionalidade a razoabilidade, atendo-se à fórmula de que é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade” (SILVA, 2002, p. 32). Aliás, vale mencionar que, anteriormente, à exemplo do HC 76.060-4, o Supremo Tribunal Federal sequer fazia menção às sub-regras, limitando-se apenas a citar o fenômeno da proporcionalidade. Neste *habeas corpus*, não houve nenhuma referência à estrutura da proporcionalidade, sub-regras ou um cotejo entre os meios e fins. Nada disso. Apenas menção a proporcionalidade como “de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais”, conforme se verificará adiante. Para o bem da jurisdição constitucional, são épocas remotas, pouco saudosas e superadas.

Conforme posto acima, não é a posição que prevalece, razão pela qual se apresentará as sub-regras da proporcionalidade. Por adequação, a doutrina nacional convencionou adotar um conceito de relação entre meio e fim (objetivo almejado). Assim, um meio deve ser considerado adequado, se for apto a alcançar o resultado pretendido. Para Silva (2002, p. 36), este conceito de adequação não é correto. Sustenta o autor que o equívoco está na tradução imprecisa do termo alemão *fördern*, que foi traduzido como “alcançar”, quando o correto seria “fomentar”. Note as palavras (2002, p. 36-37):

Fördern significa fomentar, promover. Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Há uma grande diferença entre ambos os conceitos, que fica clara na definição de Martin Borowski, segundo a qual uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que "o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado." Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido

Referindo-se a errônea compreensão da doutrina nacional de adequação como “meio apto para alcançar o resultado pretendido”, Fernandes

(2020, p. 278) aduz que, “[...] trata-se de uma compreensão (apesar de majoritária na doutrina nacional!) equivocada da sub-regra (ou máxima), derivada da tradução imprecisa do termo alemão *fördern* como alcançar, em vez de fomentar, o que seria mais correto”.

Um conceito adequado pode ser obtido dos escritos de Novelino (2020, p. 334):

A adequação envolve a análise do meio empregado e do objetivo a ser alcançado. Exige-se, de início, a legitimidade de ambos. Medidas restritivas de direitos fundamentais, para passarem pelo crivo da proporcionalidade, devem ser legítimas e aptas para fomentar fins igualmente legítimos. Se determinada medida embaraça a realização de um princípio X e se mostra incapaz de fomentar o princípio Y, significa que a intervenção é inadequada. (grifos nossos)

Conforme o autor são duas análises distintas: a do meio emprego e a do objetivo a ser fomentado. Para ser legítimo, “o meio deve ser designado de modo preciso e ser juridicamente permitido, tanto em termos materiais como formais” (2020, p. 334). Já a análise do objetivo também é feita em duas análises consecutivas (2020, p. 334-335):

Primeiro, verifica-se qual o objetivo perseguido com a interferência e se ele se identifica com a situação fática para, em seguida, analisar sua admissibilidade jurídica. Objetivos legítimos podem ser natureza constitucional ou legal. Quando o direito fundamental possui cláusula de reserva legal expressa (simples ou qualificada), a medida restritiva é adequada se não afrontar a Constituição, pois, nesse caso, cabe ao legislador eleger, dentro da margem de ação constitucionalmente permitida, os fins a serem implementados. Em se tratando de reserva legal qualificada, o conteúdo das restrições deve atender aos fins constitucionalmente estabelecidos. Quando a medida estatal tem como fundamento cláusula restritiva não escrita, para ser legítima, deve fomentar um princípio de hierarquia constitucional (grifos do autor).

No RE 603.583/RS, em que se discutia a validade do exame da ordem, analisa-se um exemplo de utilização da adequação no voto do Min. Luiz Fux:

[...] Com efeito, trata-se de medida adequada à finalidade a que se destina, qual seja, a aferição da qualificação técnica necessária ao exercício da advocacia em caráter preventivo, com vistas a evitar que a atuação do profissional inepto cause prejuízo à sociedade. Observe-se que a adequação não se confunde com a perfeição: não seria necessário que o Exame de Ordem fosse o único e nem mesmo o melhor meio de atingir o fim colimado, mas que seja apto, numa relação de causa e efeito, a ocasionar a consecução de seu propósito (grifos nossos)(Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011)

O voto do eminente ministro explicita que “trata-se de medida adequada à finalidade que se destina”, isto é, significa que o meio é apto para atingir o fim almejado, qual seja a aferição da qualificação técnica necessária ao exercício da advocacia.

Outro exemplo relativo à utilização da adequação pelo Supremo Tribunal Federal é o da ADI 907, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio – CNC, contra a Lei Estadual 2.130/1993, do Estado do Rio de Janeiro, que obrigava a prestação de serviços de empacotamento pelos supermercados. Confira-se a ementa:

Ementa: Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei estadual. Obrigatoriedade de prestação do serviço de empacotamento em supermercados. 1. Em relação ao conhecimento da ação direta, decorrente de conversão de reclamação, são perfeitamente compreensíveis a controvérsia e a pretensão da requerente, relacionadas à invalidade da Lei estadual nº 2.130/1993 frente à Constituição. Além disso, não houve prejuízo ao contraditório, mesmo porque a requerente anexou à sua petição cópia da inicial da ADI 669, ajuizada contra lei anterior praticamente idêntica, que contém toda a argumentação necessária para o julgamento do mérito. 2. Acerca do vício formal, toda e qualquer obrigação imposta a agentes privados acabará produzindo, direta ou indiretamente, impactos sobre a atividade empresarial ou de ordem trabalhista. Sendo assim, não se vislumbra usurpação da competência legislativa privativa da União, prevista no art. 22, I, da Constituição. Também não parece ser o caso de evidente invasão da competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, tal como disposto no art. 30, I, da CF/88, de que é exemplo a competência para disciplinar o horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais (Súmula Vinculante 38). 3. Por outro lado, a Lei nº 2.130/1993, do Estado do Rio de Janeiro, padece de vício material. Isso porque a restrição ao princípio da livre iniciativa, protegido pelo art. 170, caput, da Constituição, a pretexto de proteger os consumidores, não atende ao princípio da proporcionalidade, nas suas três dimensões: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. 4. A providência imposta pela lei estadual é inadequada porque a simples presença de um empacotador em supermercados não é uma medida que aumente a proteção dos direitos do consumidor, mas sim uma mera conveniência em benefício dos eventuais clientes. Trata-se também de medida desnecessária, pois a obrigação de contratar um empregado ou um fornecedor de mão-de-obra exclusivamente com essa finalidade poderia ser facilmente substituída por um processo mecânico. Por fim, as sanções impostas revelam a desproporcionalidade em sentido estrito, eis que capazes de verdadeiramente falir um supermercado de pequeno ou médio porte. 5. Procedência da ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.130/1993, do Estado do Rio de Janeiro, confirmando-se a liminar deferida pelo Min. Sepúlveda Pertence. (ADI 907, Rel. Alexandre De Moraes, Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2017) (grifos nossos)

In casu, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade da Lei Estadual, uma vez que, reprovada no exame da proporcionalidade, fatalmente

em face de que a providência imposta não se revelara adequada, pois a presença de empacotador nos supermercados não era uma medida que aumentava a proteção dos direitos do consumidor, mas sim um benefício para os clientes. Nesse caso, “[...] o meio (prestação de serviços de empacotamento) não promovia o fim (proteção dos direitos do consumidor), de tal sorte que a obrigação foi declarada inconstitucional por revelar-se inadequada [...]” (ÁVILA, 2019, p. 217).

Sendo assim, se o ato passar pelo crivo da adequação, de modo a entendê-lo favorável, passa-se à análise da segunda regra, qual seja, a necessidade (ou exigibilidade).

É possível que haja vários meios aptos a atingir o fim almejado, isto é, a adequação pode ser atendida de várias formas. Todavia, dentro os vários meios existentes, deve-se optar pelo menos oneroso possível. É nesse sentido a observação de Fernandes (2020, p. 278) quando assinala que:

Por necessidade, entende-se uma imposição que é posta ao Poder Público para que adote sempre a medida menos gravosa possível (de menor ingerência possível) para atingir um determinado objetivo. Aqui, um ato que limite um direito fundamental só será considerado necessário se, para realizar seu objetivo pretendido, não houver outra medida ou ato que limite, em menor intensidade (menos gravidade), o direito fundamental a ser atingido. (grifos do autor)

Conclui o autor que “enquanto a adequação exige um exame absoluto do ato, a necessidade demanda um comparativo dos autos” (2020, p. 278). Novelino (2020, p. 335) tem entendimento no mesmo sentido. Note as palavras:

A necessidade (ou exigibilidade) impõe que, dentre os meios similarmente adequados para fomentar determinado fim, seja utilizado o menos invasivo possível. Uma medida deve ser considerada desproporcional quando for constatada, de forma inequívoca, a existência de outra menos onerosa e com semelhante eficácia

A necessidade também deve ser analisada em duas etapas. A esse respeito, confira-se: “[...] primeiro, verifica-se a existência de medidas alternativas similarmente eficazes para fomentar o fim almejado para, em seguida, analisar se tais medidas são menos gravosas que a efetivamente adotada” (NOVELINO, 2020, p. 335). No mesmo sentido têm-se os dizeres de Ávila (2019, p. 217):

O exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os

meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados

Ocorre que, como é intuitivo, nem sempre é fácil aferir qual dentre os meios disponíveis e aptos a atingir o fim almejado, revela-se o menos oneroso ao direito fundamental restringido. Ancorado nos contributos de Ávila (2019, p. 217-218) tem-se que:

O exame da igualdade de adequação dos meios envolve a comparação entre os efeitos da utilização dos meios alternativos e os efeitos do uso do meio adotado pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo. A dificuldade desse exame reside no fato de que os meios promovem os fins em vários aspectos (qualitativo, quantitativo, probabilístico). Um meio não é, de todos os pontos de vista, igual a outro. Em alguma medida, e sob algum ponto de vista, os meios diferem entre si na promoção do fim. Uns promovem o fim mais rapidamente, outros mais vagarosamente; uns com menos dispêndios, outros com mais gastos; uns são mais certos, outros mais incertos; uns são mais simples, outros mais complexos; uns são mais fáceis, outros mais difíceis, e, assim, sucessivamente. Além disso, a distinção entre os meios será em alguns casos evidente; em outros, obscura

Novelino (2020, p. 335-336), baseando-se na margem de ação epistêmica, aduz que:

Na hipótese de existirem meios similarmente adequados e restritivos, o legislador terá discricionariedade para escolher a medida que julgar mais apropriada. A margem de ação epistêmica (“discricionariedade epistêmica”) ocorre quando há incerteza sobre a cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais. [...] A margem de ação epistêmica empírica está relacionada à certeza de prognósticos relacionados a situações fáticas e, por isso, liga-se às regras da adequação e da necessidade. Em muitos casos, o exame da adequação e, sobretudo, da necessidade, não será simples, como ocorre nas hipóteses em que a avaliação da relação entre o meio empregado e o fim almejado suscita difíceis problemas de prognósticos (A descriminalização do uso da maconha traz mais vantagens ou desvantagens à sociedade?). Nesses casos, a margem de ação epistêmica desempenha um papel fundamental, pois reconhece a competência legislativa para a avaliação de variáveis empíricas. A intervenção legislativa deve ser admitida, portanto, mesmo quando não se constata a veracidade das premissas empíricas pressupostas pelo legislador, mas apenas sua incerteza

A margem de ação epistêmica significa o reconhecimento de uma competência legislativa, para a avaliação de variáveis empíricas. Quando não se sabe se, na prática, a medida vai funcionar ou não, isto é, quando não há conhecimento científico fundado para dizer se a melhor medida é a X e não a Y, o

responsável pela definição é o legislador, que foi eleito democraticamente para impor normas, e não órgão julgador.

Em suma, sempre que houver mais de um meio apto a atingir o fim almejado, deve-se optar por aquele que seja o menos oneroso. Isso porque é aquele que vai impor a menor intervenção em um direito fundamental.

Neste contexto, nota-se como o Min. Luiz Fux analisou a necessidade no RE 603.583/RS, em que se discutia a validade do exame da ordem:

[...] o Exame de Ordem também atende ao subprincípio da necessidade ou exigibilidade, traduzindo-se no meio menos gravoso de atingir o resultado pretendido. Afinal, cuida-se de exame realizado com periodicidade quadrimestral, de modo que o bacharel em Direito dispõe de três oportunidades anuais para o prestar. O exame é objetivo e impessoal, padronizado, e não existe nenhum tipo de previsão de jubilação – o indivíduo pode prestar o Exame de Ordem quantas vezes forem necessárias até a sua aprovação. Por fim, existe previsão normativa para isenção de taxa de inscrição para os economicamente hipossuficientes. Não se consegue imaginar alguma forma menos gravosa de condicionar o exercício da profissão à prévia demonstração de qualificação técnica (Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011)

Outro exemplo que pode ser observado se tratado julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obrigava os estabelecimentos a pesarem os botijões de gás em frente ao consumidor. Neste caso, a norma foi declarada inconstitucional, já que existiam outras medidas menos restritivas aos direitos fundamentais atingidos. Confira-se o voto do então Min. Cezar Peluso:

[...] julgar a ação procedente, exatamente com base nesta questão factual, de ordem técnica: não houve contestação, nem teórica, nem concreta, em relação ao parecer – que, como todo ato administrativo, goza de presunção de veracidade – de que o mecanismo concebido pela lei para proteger o consumidor é inviável e, de certo modo, até danoso ao consumidor. Ele é inviável, por estas razões de ordem técnica: exigiriam balanças extremamente pesadas, sujeitas a desregulações, a demandar algum esforço dos consumidores para efeito de verificação, pois teriam de subir em caminhões, porque isso não poderia, evidentemente, ser transportado com facilidade, nem muito menos removido de um caminhão e depois repostado. Tudo isso gera certa dificuldade de ordem prática. Além disso, há ainda o risco de, por consequência de desregulação, resultar em dano do próprio consumidor.

Noutras palavras, embora o objetivo da lei seja bom – e louva-se o legislador pela preocupação de proteger o consumidor –, no caso concreto, a medida não é adequada para o fim que ele pretende promover.

Essa é a razão pelo qual entendo que – não correspondendo à necessidade de ser adequada à promoção do fim visado, que é restritivo ao exercício de uma liberdade fundamental de comércio – a lei é inconstitucional (ADI 855,

Rel. Octavio Gallotti, Relator p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008)

Para se compreender a dificuldade do uso correto da proporcionalidade e sua alta carga de subjetivismo, Silva (2002, p. 39-40) analisando o mesmo caso (Lei 10.248/93 do Estado do Paraná), chega a resultado completamente diverso do Supremo Tribunal Federal:

A autora da ação alegou apenas uma possível restrição a um direito fundamental, a restrição à liberdade de iniciativa, pois a produção de balanças exigiria "investir muitos recursos em tecnologia", o que poderia levar à "ruína econômica das empresas" distribuidoras. Como medida alternativa, sugeriu-se que a proteção ao consumidor fosse feita por meio de controle do peso dos botijões por amostragem, realizado pelo Poder Público, como é atualmente feito. Alega-se que os consumidores são protegidos e que as empresas não se locupletam com o que resta de gás nos botijões recolhidos, porquanto tais sobras "são levadas em conta na fixação dos preços pelo órgão competente, beneficiando, assim, toda a coletividade dos consumidores finais". Mesmo em um cenário de preços controlados, o argumento não é suficiente para decidir pela desnecessidade da medida, uma vez que ela não exclui esse controle por amostragem, mas a ele se soma. Caso a medida se destinasse apenas a evitar locupletamento indevido por parte das empresas, poder-se-ia argumentar que o controle por amostragem seria não só menos restritivo à livre iniciativa, mas também tão ou mais eficiente do que a pesagem na frente do consumidor. Mas a exigência de pesagem tem também outra finalidade: proteger o consumidor individualmente, para que ele não pague pelo que não recebeu. E, para a consecução dessa finalidade, a exigência de pesagem é certamente mais eficiente do que o controle por amostragem. Nesse sentido, a exigência de pesagem na presença do consumidor pode ser considerada como necessária, nos termos da regra da proporcionalidade (grifos nossos)

Após a observância do referido caminho teórico, não sendo a medida inadequada ou desnecessária, o último passo consiste em verificar a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, apenas se a medida (ato estatal) for considerada adequada e necessária, é que se passará ao exame da proporcionalidade em sentido estrito. Por isso mesmo, conclui-se que, ainda que o ato estatal seja considerado adequado e necessário, isso não significa que ele deverá ser considerado proporcional.

A proporcionalidade em sentido estrito pode ser conceituada como "um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva" (SILVA, 2002, p. 40). No mesmo sentido, Fonteles (2020, p. 110), afirma que: "o sopesamento dos direitos em jogo, que

envolverá um balanceamento entre o ônus do meio e o bônus do fim, a conclusão deve ser a de que a medida restritiva vale a pena. afere-se, pois, a relação custo-benefício”. Para Barroso (2020, p. 253), a proporcionalidade em sentido estrito “[...] consiste na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima”. No mesmo sentido são os dizeres de Ávila (2019, p. 220):

O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?

A proporcionalidade em sentido estrito nada mais é do que uma ponderação de direitos fundamentais. O grau de satisfação do princípio constitucional que é fomentado deve ser suficientemente forte, de maneira a justificar a restrição ao outro direito fundamental atingido. Conforme afirmado alhures, no uso da proporcionalidade é possível a observância de dois direitos fundamentais colidindo entre si e uma medida estatal (lei, ato administrativo, etc.) que fomenta um e, para tanto, restringe o outro. Para respeitar a proporcionalidade em sentido estrito, o grau de satisfação do direito fundamental fomentado deve ser suficientemente forte para justificar a restrição ao outro direito. Caso contrário, se a restrição for mais forte que o grau de satisfação do direito fundamental, a medida não se justifica. Corroborando o argumento exposto, Fernandes (2020, p. 278) aduz:

O último passo a ser verificado, a proporcionalidade em sentido estrito, apenas acontecerá depois de averiguado que o ato é adequado e necessário. A proporcionalidade em sentido estrito, então, é um raciocínio de sopesamento (balanceamento) que se dá entre a intensidade da restrição que o direito fundamental irá sofrer e a importância da realização de outro direito fundamental que lhe é colidente e que, por isso, parece fundamentar a adoção da medida restritiva

Para Alexy (2008apud NOVELINO, 2020, p. 336), a proporcionalidade em sentido estrito corresponde a lei material do sopesamento, significando que “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. É exatamente o que foi

exposto acimaquanto à ponderação: o grau de satisfação do princípio fomentado deve ser suficientemente forte para justificar a restrição do princípio atingido.

Novelino (2020, p. 336) conclui que a proporcionalidade em sentido estrito:

Não [...] exige que a medida restritiva de um determinado princípio fomente o outro princípio em grau máximo, mas sim que se busque um “ponto ótimo” entre eles. A otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é que o sopesamento. Os passos a serem observados são: 1) análise da intensidade da intervenção no princípio afetado; 2) verificação do grau de importância da satisfação do princípio promovido; 3) avaliação da satisfação do princípio fomentado em face da intervenção no princípio restringido

Importante salientar, igualmente, as considerações feitas por Silva (2002, p. 41) quanto ao reconhecimento de desproporcionalidade em sentido estrito de uma medida estatal:

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional

No mesmo sentido, Fernandes (2020, p. 279) complementa:

Ou seja, para que possa fazer uma avaliação sobre qual direito fundamental deverá ter prevalência em caso de conflito, o aplicador do direito deverá fazer uma avaliação equacionada da situação (do caso concreto), objetivando verificar se de fato a medida original a ser adotada apresenta uma leitura que considera o direito fundamental preservado mais importante do que o seu rival, uma vez que traria um benefício superior para a comunidade do que se adotasse uma interpretação que se voltasse para a maior proteção de outro direito fundamental

Todavia, a realidade é mais colorida que o Direito. Em muitas circunstâncias tem-se uma espécie de “empate” nesta colisão entre direitos fundamentais, ou seja, pode ser que o grau de restrição seja equivalente ao grau de promoção do direito fundamental, até porque o crivo da proporcionalidade, não é

meramente matemático, dependendo de análises subjetivas. Nestas hipóteses, sustenta Novelino (2020, p. 337):

O mesmo [respeito a escolha legislativa] deve ocorrer nos casos de incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo, quando deve ser reconhecida ao legislador uma área dentro da qual ele pode tomar decisões com base em suas próprias valorações. Essa margem de ação epistêmica normativa (discricionariedade cognitiva normativa) surge, portanto, quando os pesos dos princípios são incertos, ao passo que a margem de ação epistêmica empírica (discricionariedade cognitiva empírica) decorre da insegurança quanto às premissas fáticas que sustentam a intervenção. O fundamento para se atribuir ao legislador, e não do Judiciário, a margem de ação epistêmica nos casos de incerteza é “a competência decisória do legislador democraticamente legitimado” (ou princípio democrático), princípio procedimental que impõe deferência às decisões relevantes para a sociedade tomadas pelos poderes públicos cujos membros foram eleitos para representá-la

Toda vez que houver dúvidas sobre a constitucionalidade da medida, ou seja, dúvidas se o grau de satisfação justifica a restrição ao outro direito fundamental, aplica-se o princípio democrático. Isso significa que deve ser respeitada a prerrogativa do legislador, já que é este órgão que foi democraticamente eleito para fazer opções políticas de imposição de comportamentos.

O voto do Min. Luiz Fux no RE 603.583/RS pode ser novamente utilizado como parâmetro de aplicação nesta situação. Veja como o Ministro considerou a proporcionalidade em sentido estrito:

De óbvia constatação, então, será o atendimento do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que os benefícios gerados superam as restrições impostas. De fato, uma limitação ao exercício de atividade profissional que será superável em qualquer tempo pelo indivíduo que lograr aprovação no Exame de Ordem é muito reduzida diante do evidente ganho da sociedade com o licenciamento profissional de advogados que tenham demonstrado, à luz de critérios públicos, objetivos e impessoais, serem detentores da qualificação técnica minimamente necessária ao exercício profissional adequado da advocacia (grifos nossos)(Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011)

Para o Ministro, a proporcionalidade em sentido estrito se fez atendida uma vez que os benefícios gerados superaram as restrições impostas. Como dito acima, é exatamente isto que se exige.

Noutro caso, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou válidas as normas que autorizam o cancelamento do título do eleitor, que não

atendeu ao chamado para cadastramento biométrico obrigatório. Note o conteúdo do votado Min. Luís Roberto Barroso:

[...] no tocante à proporcionalidade em sentido estrito, a tese do partido requerente é que o que se ganha com esta providência -cancelamentos de títulos não recadastrados - é mais gravoso do que aquilo que se perde, que é a impossibilidade desses eleitores participarem do pleito. Eu aqui devo dizer que esta é uma afirmação feita sem elementos objetivos, portanto é uma elucubração abstrata, mas não se demonstrou nem mesmo por amostragem que os títulos cujo o cancelamento foi mantido não eram verdadeiramente irregulares. É provável que, em muitos casos, se tratasse de títulos em duplicidade referentes a eleitores falecidos ou que não mais possuem domicílio no local. Não há, portanto, demonstração de que o ônus decorrente do cancelamento é alto. O número absoluto de títulos cancelados, por si só, não basta para tal demonstração. Seria necessário explicar por que tal número não corresponde à realidade de eleitores que se encontrariam em situação irregular. Quanto aos benefícios obtidos com a revisão, não se trouxe qualquer demonstração de que a prevenção de fraudes decorrente do procedimento de biometria é irrelevante. Portanto, também, aqui, Presidente, constata-se que o requerente não demonstrou que houve grande oneração de eleitores regulares e tampouco comprovou que os benefícios obtidos pela revisão são irrelevantes. Sem uma coisa ou outra, não é possível afirmar que o custo da revisão não compensa o benefício obtido. Sem análise de custo-benefício, a violação ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito não pode ser demonstrada (ADPF 541, Rel. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2018)

Em suma, interessante síntese do quanto aqui exposto pode ser colhida em trecho do voto do Min. Gilmar Mendes no HC n. 82.424/RS, conhecido como “caso Ellwanger”:

[...] São três máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. [...] há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e a proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto) [...] (HC 82.424, Rel. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003)

Verifica-se, do quanto exposto, o grau de dificuldade para uma análise correta da regra (princípio, postulado, máxima) da proporcionalidade e como seu uso é amplamente difundido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3.1.6 A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal diariamente, conforme se denota pelos acórdãos mencionados, tem aplicado a regra da proporcionalidade. Em pesquisa realizada no sítio do Tribunal com a expressão “proporcionalidade” no dia 12 de outubro de 2020, os resultados indicam, atualmente, a existência de 1.343 (um mil trezentos e quarenta e três) acórdãos e 14.409 (quatorze mil quatrocentos e nove) decisões monocráticas. Isto, por si só, demonstra a importância do tema.

Inicialmente, como discorrido alhures, o Pretório Excelso se limitava a citar a regra da proporcionalidade, não analisando suas três sub-regras. Note o julgado:

EMENTA: DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende - de resto, apenas para obter prova de reforço - submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria. (HC 76.060, Rel. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julgado em 31/03/1998)

Na decisão, a passagem grifada acima é a única a fazer menção à proporcionalidade. Não há nenhuma fundamentação antes de referida menção. Silva (2002, p. 31), discorrendo sobre o caso, aduz que:

[...] o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. [...] Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados. O raciocínio aplicado costuma ser muito mais simplista e mecânico

Da mesma maneira, quando do Inquérito 2424/RJ, de relatoria do então Min. Cezar Peluso, baseou-se o Supremo Tribunal Federal na proporcionalidade para concluir pela possibilidade de entrada noturna em um escritório de advocacia para fins de instalação de equipamento de captação acústica pelos órgãos de persecução penal. Nos termos do Informativo n. 529:

Enfatizou-se que os interesses e valores jurídicos, que não têm caráter absoluto, representados pela inviolabilidade do domicílio e pelo poder-dever de punir do Estado, devem ser ponderados e conciliados à luz da **proporcionalidade** quando em conflito prático segundo os princípios da concordância. Não obstante a equiparação legal da oficina de trabalho com o domicílio, julgou-se ser preciso recompor a ratio constitucional e indagar, para efeito de colisão e aplicação do princípio da concordância prática, qual o direito, interesse ou valor jurídico tutelado por essa previsão. Tendo em vista ser tal previsão tendente à tutela da intimidade, da privacidade e da dignidade da pessoa humana, considerou-se ser, no mínimo, duvidosa, a equiparação entre escritório vazio com domicílio stricto sensu, que pressupõe a presença de pessoas que o habitem. De toda forma, concluiu-se que as medidas determinadas foram de todo lícitas por encontrarem suporte normativo explícito e guardarem precisa justificação lógico-jurídico constitucional, já que a restrição consequente não aniquilou o núcleo do direito fundamental e está, segundo os enunciados em que desdobra o princípio da **proporcionalidade**, amparada na necessidade da promoção de fins legítimos de ordem pública (grifos nossos)

Mais uma vez, não há uma análise sistemática das sub-regras. Cita-se a proporcionalidade para resolver o caso, mas ausentes os fundamentos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito do caso concreto. Épocas que devem ser superadas, já que é na fundamentação das decisões que se encontra a legitimação constitucional do Poder Judiciário. Não se trata de um Poder eleito pelo voto popular, de modo que precisa fundamentar suas decisões para legitimá-las.

Atualmente, sabe-se, e isto foi demonstrado, que o Supremo Tribunal Federal vem utilizando a proporcionalidade de maneira mais sistemática. Todavia, isto não basta para evitar o subjetivismo desmedido dos ministros.

Como lembra Ávila (2019, p. 220), aludindo tão somente à sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito:

Trata-se, como se pode perceber, de um exame complexo, pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva. Normalmente, um meio é adotado para atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo (proteção do meio ambiente, proteção dos consumidores), e sua adoção causa, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais do cidadão

Fonteles (2020, p. 111) tece críticas à aplicação da proporcionalidade pelo Pretório Excelso:

[...] ao Supremo Tribunal Federal, que, apesar de citar Alexy nos seus julgados, declara a inconstitucionalidade de leis, supostamente desproporcionais, sem seguir o roteiro estipulado pela regra da

proporcionalidade e suas 3 (três) sub-regras. Na prática, o Excelso Pretório dá um salto e alcança a conclusão de que uma lei é desproporcional, ignorando o itinerário argumentativo proposto pelo jurista alemão. É como se o STF pegasse um atalho para o resultado final, a inconstitucionalidade da lei, queimando etapas

Aduz, ainda, o mesmo autor (2020, p. 111-112):

Habermas é um dos maiores detratores da metodologia alexyana, considerando-a como irracional. Talvez esteja certo. Um simples experimento comprova a dificuldade de êxito da fórmula racionalizadora proposta por Alexy: a sua utilização, por Ministros diferentes que se debruçam sobre um mesmo caso concreto, pode conduzir a resultados completamente distintos. Ora, se o caso é o mesmo e se a metodologia empregada é idêntica, como o resultado pode ser diferente?

Dá-se como exemplo, o caso concreto na qual dois Ministros chegaram a resultados completamente diferentes usando a regra da proporcionalidade: HC 82.424/RS (“caso Ellwanger”). É o conteúdo do voto do Min. Marco Aurélio:

O subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios (*Geeignetheit*) 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 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 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.

[...]

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 menor 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.

Finalmente, o último subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito [...]. O intérprete deve questionar se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado e à carga coativo-interventiva dessa medida. [...] 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, aplicando o princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu, acredito que a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – por sinal, reformar sentença do Juízo – não foi o meio mais adequado, necessário e razoável (HC 82.424, Rel. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003)

Do longo voto do Ministro Marco Aurélio, o importante é que o magistrado considerou a medida estatal desproporcional. Todavia, como dito alhures, as sub-regras da proporcionalidade são subsidiárias, de modo que só se passa à regra da necessidade caso a medida seja adequada, e à proporcionalidade em sentido estrito, caso a medida seja adequada e necessária. O Ministro trilhou caminho diverso. Mesmo considerando a medida inadequada, prosseguiu com a análise da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Erro fatal, que demonstra a insegurança jurídica atual.

Noutro giro, atente-se, neste momento, ao voto do Min. Gilmar Mendes, o qual também trilhou o caminho da proporcionalidade:

[...] Diante de tais circunstâncias, 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, 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 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 acordão.

[...]

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 inexcusável para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acordão 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 (HC 82.424, Rel. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003)

Como se nota, para o Min. Gilmar Mendes, o decreto condenatório era proporcional. Considerou o magistrado que a liberdade de expressão teria menor peso no caso concreto, possibilitando sua restrição, indeferindo a ordem de *habeas corpus*.

Este caso, por si só, demonstra que a regra da proporcionalidade não é capaz de assegurar decisões dotadas de racionalidade, ainda que fundamentadas. É evidente o decisionismo, o subjetivismo, a incerteza e a insegurança.

Nesse sentido, Lima (2020, p. 187) aduz que:

[...] o recurso à proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem cumprido um propósito fundamentalmente distinto daquele que orientou o desenvolvimento desse método e, principalmente, daquele que poderia justificar a sua utilização na jurisdição constitucional. Ao invés de impor ônus argumentativos claros e bem definidos para a superação de medidas que restringiriam de modo injustificável as garantias constitucionais, canalizando a argumentação jurídica para considerações sobre direitos fundamentais, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a proporcionalidade tem sido utilizada como um artifício retórico. Sua invocação não parece cumprir nenhuma outra função além de conferir uma pretensa sofisticação teórica à posição encampada pelo ministro e, dessa forma, aumentar o seu poder de convencimento. Essa utilização meramente retórica da proporcionalidade faz jus a críticas não apenas pela impropriedade na reprodução de uma técnica desenvolvida no exterior. Além do sincretismo metodológico e das impropriedades teóricas e conceituais, que já têm sido apontadas na literatura, a forma por meio da qual a proporcionalidade vem sendo utilizada pelo Supremo Tribunal Federal em nada contribui para que a corte atue como instância de justificação da atividade estatal. Ao contrário do que fazem crer as citações à ideia de representação argumentativa da população por meio das cortes constitucionais, que têm aparecido em votos e manifestações de ministros do STF, o uso retórico e impreciso da proporcionalidade na motivação de decisões tende, na verdade, a comprometer a legitimidade democrática da jurisdição constitucional no Brasil

É evidente a necessidade de uma fundamentação clara e bem definida na utilização da proporcionalidade, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal. As decisões precisam ser proferidas sem subjetivismos demasiados, como vem ocorrendo atualmente. Deve-se evitar a “loteria jurídica”, em que cada Ministro decide de uma forma e, pior, que um órgão fracionário profira decisão que não respeite precedente do Plenário.

Fernandes (2020, p. 280-281) sintetiza algumas críticas à prática da ponderação baseada na proporcionalidade:

a) desnaturação do princípio da separação dos poderes;

- b) limitação da supremacia constitucional pela transformação dos Tribunais Constitucionais em verdadeiras Assembleias Constituintes (poder constituinte originário permanente);
- c) desnaturação dos direitos fundamentais e da unidade normativa da Constituição;
- d) politização do Judiciário, por meio de decisões utilitárias de custo/benefício sociais;
- e) abertura para decisões dotadas de puro arbítrio;
- f) abertura para decisões dotadas de preferências pessoais dos juízes (com a diluição da positividade-juridicidade da Constituição);
- g) irracionalidade metodológica;
- h) transformação da Constituição em uma ordem concreta de valores que seriam explicitados pelo Poder Judiciário (guardião e tradutor de uma “pretensa” virtude cívica)

A fundamentação adequada de uma decisão judicial, portanto, permite não só a utilização da proporcionalidade pelo julgador, mas seu controle mediante análise das subcategorias.

3.1.7 O contraponto da proporcionalidade como proibição do excesso: a vedação à proteção insuficiente

Em grande parte, o abuso no uso da regra da proporcionalidade está ligado ao ativismo judicial, sendo utilizada para “mascarar” preferências e ideologias pessoais, como se verá adiante.

Tudo o que foi tratado até o momento se referiu, praticamente, à proporcionalidade em seu viés de proibição de excesso, isto é, a proporcionalidade atuando para evitar medidas estatais excessivas, desnecessárias, inexigíveis, que sejam excessivamente restritivas de um direito fundamental, sem necessidade. Todavia, a doutrina vislumbra também uma segunda vertente da proporcionalidade, qual seja, concebê-la como vedação à proteção insuficiente (ou deficiente) de direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal tem acolhido vastamente esta vertente, como se verifica:

Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do

excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. (HC 104.410, Rel. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 06/03/2012)

No RE 418.376 assim se pronunciou o Min. Gilmar Mendes:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental (STF, Rel. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2006)

A proporcionalidade, em seu viés de proibição de proteção insuficiente, exige dos órgãos estatais o dever de tutelar de forma adequada e suficiente os direitos fundamentais consagrados na Carta Outubrina de 1988. Recorrendo ao campo exemplificativo, está prevista na Constituição da República a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*), que impõe ao Estado a adoção de medidas protetivas. Ora, não seria proporcional que o preceito secundário do crime consubstanciado no art. 121 do Código Penal (homicídio), trouxesse a pena de multa. É uma medida que fica aquém do necessário, violando a proporcionalidade em seu viés de proibição de proteção insuficiente.

Para Fonteles (2019c, p. 65), “[...] se é possível aferir a proporcionalidade de um ato do Poder Público quanto ao excesso, é igualmente possível aquilatar a proporcionalidade quanto à insuficiência, afinal, às vezes, o que distingue o remédio do veneno é a dose de cada qual”.

Prossegue o mesmo autor, dissertando quanto aos mandados de criminalização (2019c, p. 66):

Tais mandados são ordens endereçadas ao Poder Legiferante, para que os congressistas cumpram a missão constitucional de criminalizar condutas hostis a direitos fundamentais. Nesse caso, a desobediência ao mandato de criminalização traduz inconstitucionalidade por omissão. Isso porque, à luz do princípio da proporcionalidade, na sua dimensão de proibição da proteção insuficiente, não há espaço para o legislador aquilatar se é

oportuno e se convém criminalizar, por exemplo, o racismo, os crimes hediondos, a tortura, o terrorismo e o tráfico de drogas. Aliás, só por isso já se percebe que, pelo menos enquanto vigente a atual ordem constitucional, o tráfico de drogas necessariamente deverá continuar criminalizado

De fato, o texto constitucional traz inúmeros mandados de criminalização, sendo que, em alguns deles, há até mesmo a previsão de “severidade” da sanção, como se nota no art. 227, §4º:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente

Diferenciando as vertentes da proporcionalidade, Novelino (2020, p. 338) aduz:

[...] pode-se dizer que enquanto a “proibição de excesso” tem por finalidade evitar intervenções no âmbito de proteção dos direitos fundamentais **além** do necessário, a “proibição de proteção insuficiente” visa impedir que medidas constitucionalmente exigidas para a proteção e promoção dos direitos fundamentais fiquem **aquém** do necessário (grifos nossos)

Feita esta breve exposição, conclui-se que ambas as vertentes da proporcionalidade devem ser analisadas em conjunto, isto é, a medida não pode ficar aquém e nem ir além do necessário para a proteção e promoção de determinado direito fundamental.

4 ATIVISMO JUDICIAL E OS PAPEIS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Neste capítulo, se apresentará a definição de ativismo judicial, os papéis de uma Corte Constitucional e a relação entre eles. Busca-se constatar se o constitucionalismo contemporâneo, com a rematerialização das Constituições, bem como sua força normativa, fortaleceu o papel do Poder Judiciário, e se tal fortalecimento é campo fértil para abusos. Investigar-se-á, ainda, se a atuação da Alta corte é representada por pretensos papéis representativos e iluministas e qual seria a sua implicação jurídica.

4.1 Sobre o Ativismo Judicial

Uma das discussões mais relevantes atualmente, se dá em torno do ativismo judicial, que vem sendo praticado, sobretudo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Sem dúvida, embora possa ser utilizado nas mais diversas ações a cargo do STF, encontrou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) um campo fértil. Isso porque a Lei n. 9.882/99 (que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição da República) deu poderes ao Supremo Tribunal Federal para, em controle concentrado, decidir acerca da constitucionalidade de leis municipais, estaduais e federais, inclusive sobre a recepção de normas anteriores à Constituição da República de 1988. Ademais, nos termos o Informativo n. 980 do Supremo Tribunal Federal, cabe Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental contra interpretação judicial que possa resultar lesão a preceito fundamental. De se notar que a maioria das decisões sobre desacordos morais razoáveis se dá no âmbito da ADPF, conforme demonstra Fonteles (2019a, p. 170-171):

Em princípio, a Lei n.º 9.882/99 afirmou que a ADPF tem cabimento para prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental. Não transbordou, nesse particular, dos ditames constitucionais. Contudo, a ousadia desse diploma legal foi bem mais acentuada. Nele, irrogou-se ao STF poderes para aquilatar, em controle concentrado, a constitucionalidade de leis municipais, estaduais e federais, inclusive juízos sobre a recepção de normas anteriores à Constituição. Foi esse raio de atuação que permitiu levar ao STF, com eficácia erga omnes e efeitos vinculantes, discussões incendiárias como a do abortamento de fetos anencéfalos. Ora, considerando que as leis mais tradicionais e conservadoras são exatamente aquelas anteriores a 1988, o diploma legal acabou franqueando ao Supremo a possibilidade de enfrentar

dilemas éticos mais sensíveis, com o poderoso alcance do controle concentrado

Referida situação tem levado inúmeros estudiosos a tecerem críticas ao Pretório Excelso. São os fundamentos comumente utilizados: a separação dos poderes, a legitimidade democrática e o papel do Tribunal Constitucional. Quanto a separação dos poderes, Novelino (2020, p. 291) disserta:

A Constituição de 1988, além de consagrar expressamente o princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º) e protegê-lo como cláusula pétrea (CF, art. 60, §4º, III), estabeleceu toda uma estrutura institucional de forma a garantir a independência entre eles, matizada com atribuições de controle recíproco. Por não haver uma “fórmula universal apriorística” para este princípio, é necessário extrair da própria Constituição o traço essencial da atual ordem para fins de controle de constitucionalidade. A independência entre os poderes tem por finalidade estabelecer um sistema de “freios e contrapesos” para evitar o abuso e o arbítrio por qualquer dos Poderes. A harmonia, por sua vez, exterioriza-se no respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles

Não há uma fixação apriorística do que se entenda por separação dos poderes. Inúmeros trabalhos doutrinários são produzidos anualmente sobre a temática, cada qual com uma abordagem diversa. Por óbvio, com o tempo e a alteração da composição da Corte Constitucional, altera-se a percepção dos Ministros sobre o alcance de suas competências, sem violar a separação dos poderes. O Supremo Tribunal Constitucional da época de Moreira Alves é completamente diferente ao atual.

Com Fernandes (2020, p. 339) aduz:

A lógica aqui é que “apenas o poder limitar o poder”, de modo que cada órgão tem, não apenas que cumprir sua função essencial, como ainda atuar de modo a impedir que outro abuse de sua competência. Por isso mesmo, mais que uma forma de racionalização da atividade estatal, o projeto de Montesquieu traz uma preocupação política e de proteção da democracia

A democracia, como se sabe, não pode ser vista atualmente apenas sob seu aspecto formal, como sinônimo de premissa majoritária, isto é, sinônimo de vontade da maioria. A democracia, igualmente, deve ser analisada sob a ótica do caráter substancial, isto é, corresponde à vontade da maioria, mas, em seu conteúdo, está ínsita também a proteção aos direitos fundamentais de todos, inclusive das minorias. ‘

A expansão da jurisdição constitucional, sobretudo a partir de 1988, com a inclusão de inúmeros direitos em seu texto, e a expansão de sua força normativa, tem levado a aquilo que se convencionou chamar de “judicialização”. Com o reconhecimento da força normativa da Constituição e a rematerialização dos textos constitucionais, o Poder Judiciário passa a ter um papel de protagonista, já que é o responsável por assegurar a sua supremacia. Ora, como tudo está na Constituição, que acaba tratando de praticamente todos os assuntos, o Judiciário ganha uma força exponencial, dando origem ao fenômeno conhecido como judicialização da política e das relações sociais. Para Barroso (2020, p. 430-431):

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o Direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade

Questões que antes eram restritas ao âmbito político e social, hoje são levadas ao Judiciário. O *impeachment* da então Presidente Dilma Rousseff, por exemplo, foi minuciosamente discutido no Supremo Tribunal Federal na ADPF 378. No âmbito das relações sociais, aborto de feto anencéfalo, uniões homoafetivas, pesquisas com células-tronco embrionárias e ações afirmativas são apenas alguns exemplos do que o Supremo Tribunal Federal tem se debruçado.

Barroso (2020, p. 431-432) elenca algumas causas que contribuíram para a “judicialização”:

[...] A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista descordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da

constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas

A terceira razão supracitada, isto é, atores políticos preferem que o Judiciário decida questões polêmicas, suscita divergências na doutrina e representa um desprestígio da função legislativa. Isso porque, conforme se denota, em diversas ocasiões, o que há, realmente, não é uma lacuna. O Parlamento decidiu e se abstém de alterar determinada previsão normativa, conservando o *status quo*. A esse respeito, é absolutamente pertinente transcrever os dizeres de Fonteles (2019a, p. 123), que, baseado em Waldron (2003), aduz:

Lamentavelmente, o senso comum teórico de muitos juristas ainda está impregnado por uma visão cética quanto aos parlamentares, fenômeno já denunciado por Jeremy Waldron. Verdade seja dita, a desconfiança sobre a capacidade de altruísmo das maiorias, mais do que qualquer coisa, revela uma visão pessimista acerca da própria humanidade, além de um fetichismo paternalista nutrido pelos Tribunais. Todavia, Tribunais são vias anômalas para a criação de direitos, embora sejam o *locus* apropriado para declará-los. O Legislativo, no Brasil e no mundo, tem desempenhado o seu papel

É certo que a visão paternalista do Estado, parece ter se transferido aos Tribunais. No Brasil, desconfia-se a todo o momento do Congresso Nacional e alguns parecem confiar cegamente na Corte Constitucional, esperando vir dela a resposta para os problemas.

4.2 Os Papéis do Tribunal Constitucional

Difundiu-se, por muito tempo, a ideia de que as Cortes Constitucionais teriam um papel contramajoritário. Isto significa dizer, em apertada síntese, que o Supremo Tribunal Federal desempenharia o papel de proteger as minorias contra excessos praticados pela maioria ou contra omissões violadoras de seus direitos fundamentais.

Todavia, Barroso (2020, p. 470-488) aduz que, basicamente, três seriam as funções desempenhadas pelas Cortes Constitucionais: a) função contramajoritária; b) função representativa; c) função iluminista.

Passa-se, doravante à análise de cada uma destas funções, com o fulcro de verificar se, realmente, o Tribunal Constitucional teria legitimidade para desempenhar todas elas.

4.2.1 Função (papel) contramajoritária

Conforme exposto alhures, a função contramajoritária é aquela que mais é citada, quando se trata de discorrer sobre as funções de uma Corte Constitucional. Para Fonteles (2020), no Brasil, apenas a função contramajoritária foi prevista expressamente no texto constitucional (CRFB/88, art. 102, III, “b”), caracterizando-a quando o Tribunal Constitucional perfaz o *judicial review*. Segundo Barroso (2020, p. 471-472):

Supremas cortes e tribunais constitucionais, na maior parte dos países democráticos, detêm o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo (e do Executivo também), podendo invalidar normas aprovadas pelo Congresso ou Parlamento. Esta possibilidade, que já havia sido aventada nos *Federalist Papers* por Alexandre Hamilton, teve como primeiro marco jurisprudencial a decisão da Suprema Corte americana em *Marbury v. Madison* em 1803. Isso significa que os juízes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de “dificuldade contramajoritária”

A função contramajoritária é sempre bem abordada nos votos do recém aposentado Min. Celso de Mello, conforme nota-se da análise na ADO 26 (STF, ADO 26, Rel. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019), em que se discutia a suposta omissão do Poder Legislativo em implementar os mandamentos constitucionais de criminalização para dar proteção aos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+:

Cabe registrar, por necessário, que este julgamento reflete, com absoluta fidelidade, **a função contramajoritária que ao Supremo Tribunal Federal incumbe desempenhar no âmbito do Estado Democrático de Direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias.**

Trata-se, na realidade, de tema que, intimamente associado ao debate constitucional suscitado nesta causa, concerne ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer no plano da jurisdição das liberdades : o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-

se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.

Esse particular aspecto da questão põe em relevo a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, considerada a circunstância de que as pessoas transgêneros representam parcela minoritária da população.

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos manifestados por grupos confessionais, tem-se mostrado infenso, nesse tema específico, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.

Tal situação culmina por gerar um quadro de (inaceitável) submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito (grifos nossos)

Com base na função ora analisada, o Tribunal Constitucional invalida leis produzidas pelo Congresso Nacional, através de mandatários eleitos democraticamente, sobrepondo sua interpretação quanto às normas constitucionais, sobre aqueles. Ora, seria a Corte Constitucional legitimada democraticamente para tanto?

Discorrendo sobre o problema, Fonteles (2019a, p. 55) menciona a dicotomia presente no papel contramajoritário:

Há muitos anos, como se sabe, parte do mundo vivencia uma tensão perene entre o constitucionalismo e a democracia. Para que maiorias não oprimam minorias, o Direito Constitucional reconhece às Cortes, em alguma medida, um papel contramajoritário. Por outro lado, esse papel coloca em risco a democracia, na medida em que juízes não sufragados nas urnas invalidam a vontade das maiorias. Quando juízes ignoram o sentimento social para atuar unicamente pelo Direito, tem-se um Estado de Direito que ameaça o regime democrático. Noutra ponta, quando magistrados julgam guiados pela opinião pública, ganha-se no coeficiente democrático, mas perde-se em segurança jurídica e resta enfraquecido o Estado de Direito. Essa é a dicotomia que se apresenta como conflito. Enquanto o autogoverno realça a autonomia, o Estado de Direito enfatiza a heteronomia. [...]

Do mesmo modo, apresentando óbices a este sistema, Maciel (2019, p. 82-83) aduz:

[...] o principal sistema de controle de constitucionalidade é o judicial. Contudo, não se pode perder de vista que há óbices para a aplicação desse sistema, haja vista que aparentemente haveria um desequilíbrio na tripartição dos poderes. Melhor dizendo: O povo elege os deputados federais e Senadores da República, por meio do voto popular. Os deputados federais criam uma lei, sancionada pelo Poder Executivo (também eleito pelo voto popular), que nada mais é do que espelho da vontade do povo. O Poder Judiciário, por meio de seus representantes, que não são eleitos para exercer a função, podem retirar essa lei do sistema pela sua contrariedade ao texto constitucional.

Haveria um erro nesse sistema, ou então uma falta de legitimidade democrática dos membros do Poder Judiciário para invalidar uma lei ou um ato normativo?

Essa questão é instigante e democraticamente deve ser feita.

[...]

A doutrina chama esse controle de contramajoritário, que é quando o Poder Judiciário anula uma lei a despeito de ter uma maioria que o aprovou, com os auspícios do voto popular

Assiste razão às indagações do autor, mormente em face de evidentes abusos quando do controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Ora, houvesse uma única resposta correta na interpretação da Constituição, não teríamos inúmeros julgamentos no STF em que a maioria se forma com estreita vantagem (v.g, 6x5). Corroborando com este entendimento, Novelino (2021, p. 24):

Se no plano ideal é possível defender a tese da existência de uma “única resposta correta” (ou “da resposta correta”, ou “da melhor resposta” ou ainda “da resposta constitucionalmente adequada”) mesmo para os “casos difíceis”, no mundo real não existem mecanismos capazes de identificá-la de maneira inquestionável, tampouco pessoas ou órgãos legitimados para revelar seu conteúdo e impor sua observância.

A existência de decisões não unânimes em órgãos judiciais colegiados não deixa qualquer dúvida quanto a isso. Se um grupo de juízes pertencentes a um mesmo órgão colegiado, ao analisarem idêntica questão à luz do mesmo ordenamento jurídico, muitas vezes chegam a resultados diversos, é forçoso concluir que o material jurídico é incapaz de impor um único resultado razoável para todos os casos, e que, por conseguinte, há outros elementos intervenientes (grifos nossos)

Some-se a isto, o fato de a maioria das decisões serem baseadas em princípios, geralmente consubstanciados em textos com abertura valorativa, com uma grande carga de subjetividade para a sua concretização. Ora, o que é

dignidade da pessoa humana? Alguns podem fazer coisas belíssimas sob os auspícios deste princípio, enquanto outros a utilizaram para fundamentar genocídios.

Legitimidade para o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que contrariem a Constituição, realmente, há. O art. 102, I, “a” da Constituição da República de 1988 aduz que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal. O que suscita objeções são as interpretações feitas quando da invalidação de uma lei.

Discorrendo sobre a função contramajoritária, Novellino (2019, p. 408-409):

A base lógica tradicionalmente invocada para se conferir poder político a um órgão composto de membros não eleitos é a necessidade de proteção das minorias contra o excesso democrático, o que pressupõe, até certo ponto, uma atuação independente dos pontos de vista acolhidos pela maioria. Nesse sentido, os defensores da *respostamadisoniana* consideram o controle dos excessos de maiorias legislativas como principal razão para a existência da jurisdição constitucional. O papel contramajoritário revelar-se-ia especialmente relevante naqueles casos em que direitos básicos são desrespeitados pela maioria legislativa e teria por finalidade evitar que estase transforme em uma maioria “tirânica”. O princípio democrático, segundo essa concepção, não se esgotaria no princípio majoritário, mostrando-se desejável que algumas decisões políticas sejam tomadas por uma instituição relativamente isolada de pressões políticas

E prossegue o autor (2019, p. 409-410), apresentando novas interpretações ao sistema:

Essa resposta tradicional, no entanto, vem sendo contestada por teóricos positivos, desde meados do século passado, com base na tese do regime dominante (*rulingregime*) formulada por *RobertDahl*. Ao analisar o contexto estadunidense, *Dahl* (1957) conclui que a preocupação com a “dificuldade contramajoritária” é algo sem fundamento, por terem sido raríssimos os casos nos quais a Suprema Corte foi bem sucedida na tentativa de bloquear a vontade da maioria em questões políticas importantes. Segundo o autor, embora tenha competência para tomar decisões políticas contramajoritárias, a Suprema Corte geralmente não o faz por estar alinhada ao “regime dominante”, isto é, com o Presidente da República e com o Congresso. Somente durante curtos períodos de transição, quando a antiga aliança está se desintegrando e a nova está lutando para assumir o controle das instituições políticas, o papel contramajoritário teria maior probabilidade de ser desempenhado, haja vista que, nesses períodos, o Tribunal ainda é um resquício da antiga coalizão. De acordo com essa tese, a Suprema Corte funcionaria como uma espécie de “órgão de legitimação” das políticas da aliança dominante e dos padrões básicos de comportamento necessários ao funcionamento de uma democracia, os quais pressupõem a existência de um amplo consenso acerca de sua validade e adequação. Nesse

sentido, embora não seja uma instituição formalmente democrática, a corte constitucional, quando sensível à vontade majoritária, teria um caráter substancialmente democrático

Aduzindo sobre a importância do controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, do papel contramajoritário dos Tribunais Constitucionais, veja as palavras de Cunha Júnior (2019, p. 47-48):

Ao revés de apontar dúvidas quanto à legitimidade da justiça constitucional e, com ela, do controle judicial de constitucionalidade, devemos ter em mente que, hodiernamente, a existência da justiça constitucional e de uma fortalecida e ativa jurisdição constitucional tornaram-se um requisito de legitimação e credibilidade política dos próprios regimes constitucionais democráticos, haja vista que a ideia de justiça constitucional passou a ser progressivamente compreendida como elemento necessário da própria definição do Estado Democrático de Direito.

[...]

Desse modo, a ideia de soberania do Legislativo, em razão da representatividade popular, e da separação dos Poderes, com a submissão do Judiciário à lei, cederam espaço para o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, que se assenta num regime democrático e na garantia dos direitos fundamentais, onde a justiça constitucional é nota essencial. Com efeito, a soberania do Legislativo foi substituída pela soberania e supremacia da Constituição, em face da qual o Legislativo é um Poder constituído e vinculado pelas normas constitucionais, e o dogma da separação de Poderes foi superado pela prevalência dos direitos fundamentais ante o Estado.

Destarte, o constitucionalismo contemporâneo encarece um Estado Democrático de Direito construído sobre os pilares do regime democrático e dos direitos fundamentais, de tal modo que as Constituições contemporâneas imunizam-se contra as próprias maiores, quando estas não estão a serviço da realização dos direitos fundamentais ou tendem a sufocar as minorias

Como se discorreu no início, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos é condição precípua para que se respeite a Constituição. Caso contrário, isto é, caso a Constituição fosse contrariada e não houvesse nenhuma espécie de sanção, certamente seu texto estaria sujeito a se tornar uma “mera folha de papel”.

É nesse sentido a observação de Barroso (2019, p. 439-440), quanto aos fundamentos do papel contramajoritário:

A despeito de resistência teóricas pontuais, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo

democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere do Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco de tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais

Diante do exposto, certo é que o Supremo Tribunal Federal tem competência para invalidar normas que afrontem cabalmente a Constituição da República. No entanto, o problema não é este, mas sim, a forma como se dá a interpretação das normas constitucionais e visões que enxergam inconstitucionalidade onde não há. Houvesse uma única resposta correta, não haveria julgamentos em que se considera inconstitucional uma norma por apertada maioria.

A questão se torna mais clara ao se recorrer a exemplos. A Constituição de 1988, em seu art. 5º, inc. XLIII, prevê:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem

De fato, é de clareza meridiana o mandamento constitucional de criminalização e a maior repulsa do constituinte originário quanto aos crimes hediondos e equiparados.

Veio a lume a Lei n. 8.072/90, que prevê em seu art. 2º, §1º, que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”. O Poder Legislativo, dando cumprimento ao disposto no art. 5º, inc. XLIII, bem como interpretando o inc. XLVI do mesmo dispositivo (“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]”) entendeu ser necessário que tais delitos fossem punidos com maior firmeza. Todavia, chamado a se manifestar sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 82.959, de relatoria do Min. Marco Aurélio, em evolução jurisprudencial, considerou o dispositivo inconstitucional, modificando entendimento anterior de que não haveria

óbice ao cumprimento de pena em regime integralmente fechado para os crimes hediondos. Vejamos a ementa da decisão:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006)

A maioria dos Ministros, acompanhando o voto do relator Min. Marco Aurélio, definiu que o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, violaria frontalmente o art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal, que trata da individualização da pena, mesmo a Constituição dispondo sobre o tratamento mais severo a autores e partícipes de crimes hediondos e equiparados.

Pouco mais de um ano após esta decisão, houve uma reação legislativa. A Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007, alterou a redação do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, prevendo que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Ora, se não é permitido a aplicação do regime integralmente fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, que pelo menos, o regime deveria ser inicialmente fechado, de forma a dar uma resposta mais rígida para os autores e partícipes destes crimes e fazer concretizar o direito social à segurança pública, previsto no *caput* do art. 6º da Constituição.

Chamado novamente a se manifestar sobre o tema em sede de *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal considerou a norma inconstitucional. Aduziu que o regime inicialmente fechado também ofendia a individualização da pena, sem se preocupar com a proteção insuficiente. Veja a ementa da decisão mencionada:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art.

59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (HC 111.840, Rel. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012)

Mais uma vez o Tribunal Constitucional não deixa margem de escolha ao legislador, fechando as portas do debate. Se a Constituição prevê um tratamento mais severo para os condenados por crimes hediondos e equiparados, e se o STF os equipara aos autores de delitos comuns, não podendo cumprir a pena nem em regime integralmente fechado, tampouco em regime inicialmente fechado, certamente haverá objeções no sentido de que a vontade do constituinte está sendo desrespeitada.

4.2.2 Função (papal) representativa

Além do papel contramajoritário, há também o papel representativo, que será exposto doravante e quais suas implicações para o controle de constitucionalidade.

Conforme palavras de Fonteles (2020, p. 63), a função representativa “é cumprida quando a corte supostamente responde aos anseios políticos que ainda não teriam sido contemplados pelo Congresso Nacional, a exemplo do entendimento jurisprudencial sobre a vedação do nepotismo”.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, já se manifestou diversas vezes sobre seu pretensão papel representativo. Nos termos do Voto do Min. Luís Roberto Barroso:

[...] existe uma outra competência que Cortes Constitucionais desempenham - e que, no caso brasileiro, se tornou importante em muitas situações - que, ao lado da função contramajoritária, é uma função representativa, é a função de interpretar e procurar concretizar determinados anseios da sociedade que estão paralisados no processo político majoritário. Porque o processo político majoritário, que é o que se desenrola no Congresso, muitas vezes, encontra impasses, encontra dificuldades de produção de consenso; não é só no Brasil, é no mundo inteiro.

E é por essa razão que, nas situações que envolvam proteção de minorias, ou nas situações que envolvam certos impasses que emperram a história, acaba sendo indispensável a intervenção do Supremo Tribunal Federal, não contramajoritária, mas representativa. É para fazer andar a história, quando ela tenha parado.

Foi isso que o Supremo Tribunal fez no caso das uniões homoafetivas. Foi isso que o Supremo Tribunal fez no caso de interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Foi isso que o Supremo Tribunal fez no caso da disciplina da greve no serviço público, porque não vinha a legislação do Congresso. Foi isso que o Supremo fez no caso da demissão imotivada, quando disse "eu vou regular"; e o Congresso regulou (ADI 4650, Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015)

Para Fernandes (2020, p. 2003) o papel representativo:

[O papel representativo] ocorre quando as Cortes Constitucionais atuam para sanar vazios normativos eventualmente deixados pelo legislador. Assim, a atuação das Cortes para (a) atender a demandas sociais não satisfeitas pelo Legislativo e (b) integrar a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do Poder Legislativo configura o papel representativo

Desta forma, havendo amparo na Constituição e vazios normativos deixados pelo legislador, o Supremo Tribunal Federal atuaria para atender a demandas sociais e integrar a ordem jurídica. Barroso (2019, p. 446) apresenta interessante fundamento para tanto:

[...] não é incomum nem surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja o melhor intérprete do sentimento majoritário. Inúmeras razões contribuem para isso. Início por uma que é menos explorada pela doutrina em geral, mas particularmente significativa no Brasil. Juízes são recrutados, na primeira instância, mediante concurso público. Isso significa que pessoas vindas de diferentes origens sociais, desde que tenham cursado uma Faculdade de Direito e tenham feito um estudo sistemático aplicado, podem ingressar na magistratura. Essa ordem de coisas produziu, ao longo dos anos, um drástico efeito democratizador do Judiciário. Por outro lado, o acesso a uma vaga no Congresso envolve um custo financeiro

elevado, que obriga o candidato, com frequência, a buscar financiamentos e parcerias com diferentes atores econômicos e empresariais. Esse fato produz uma inevitável aliança com alguns interesses particulares. Por essa razão, em algumas circunstâncias, juízes são capazes de representar melhor – ou com mais independência – a vontade da sociedade

Para o autor, como o Judiciário, em sua ampla maioria, seria composto mediante ingresso por concurso público, em algumas hipóteses eles seriam melhores representantes da vontade da sociedade. Ora, não se nega que políticos angariam verbas para campanha mediante alianças um tanto quanto questionáveis com empresas e empresários. Todavia, alguns membros do Judiciário também não ingressam por concurso público, a exemplo dos Tribunais Superiores referente às vagas do quinto constitucional. Quanto a esta objeção, Barroso (2019, p. 446) aduz que, na prática, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal seria composta por egressos de carreiras jurídicas. Todavia, o argumento parece não convencer, uma vez que, se são egressos da magistratura, ingressam-na para atuação em primeiro grau de jurisdição. Sejam egressos da magistratura, do Ministério Público ou da advocacia privada, a composição da Corte se dá da mesma forma: indicação do Presidente da República, conforme o art. 101 c/c art. 84, inc. XIV, da Constituição da República, que dispõe:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

Sendo assim, o argumento não convence. Sabe-se que não há concurso público para ingresso nos Tribunais Superiores, sua composição se dá de forma idêntica: o Presidente da República indica um nome que, após aprovado em sabatina realizada pelo Senado Federal, é nomeado pelo Chefe do Executivo Federal. Não faz diferença se o nome indicado é ou não egresso de carreiras jurídicas, cuja composição se dá através de concursos públicos. E mais: há inegável fluxo de interesses para a indicação de um nome para uma vaga no Supremo

Tribunal Federal. Assim, dizer que o papel representativo pode ser exercido pelos Tribunais Superiores, porque eles não dependem de parcerias com atores econômicos e empresariais (como os agentes políticos) é um argumento fadado ao insucesso, tendo-se em vista que a indicação para o cargo nos Tribunais Superiores é, também, política.

4.2.3 Função (papel) iluminista

O último papel, dentre aqueles indicados pela doutrina, de uma Suprema Corte é extremamente controverso. Trata-se do papel iluminista. Afinal, no que consistiria tal função? Teria a Alta Corte legitimidade democrática para desempenhá-lo?

Quanto ao seu conceito, aduz Fernandes (2020, p. 2035):

[O papel iluminista] diz respeito ao papel das Cortes de promover, em situações excepcionais, “certos avanços civilizatórios e empurrar a história”, em nome de valores racionais. Em que pesem não serem decisões que necessariamente representam a maioria da população, elas são necessárias para a concretização de direitos fundamentais, sobretudo à luz de discriminações e preconceitos eventualmente vigentes

No julgamento da ADO 26 pelo Supremo Tribunal Federal, o Min. Luís Roberto Barroso expressamente se referiu ao papel iluminista das Cortes nos seguintes termos: “é o papel que a Corte exerce para promover avanços civilizatórios que não podem depender da vontade da maioria. Este é um papel delicado, que só deve ser exercido com grande parcimônia” (ADO 26, Rel. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019).

Corroborando com o exposto acima, em sede doutrinária, Barroso (2019, p. 450), certamente o maior expoente do papel iluminista das Supremas Cortes, também assinala:

[...] supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel iluminista de empurrar a história quando ela emperra. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Mas, vez por outra, trata-se de papel imprescindível

Para o Min. Barroso, portanto, em alguns momentos ocasionais, o STF deteria o papel institucional iluminista, de modo a promover (impulsionar) avanços na sociedade quando “ela emperra”. Complementa referida função:

Note-se bem: iluminista não é o tribunal, é a Constituição. O constitucionalismo é um produto do contratualismo, do liberalismo e do iluminismo: como consequência, a Constituição deve ser interpretada à luz de uma razão humanista e civilizatória, inclusive e sobretudo, para proteger os direitos fundamentais das minorias, que não encontram eco no Legislativo e que enfrentam preconceitos na própria sociedade. É isso que se impõe fazer aqui. (ADO 26, Rel. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019)

Mas, será que 11 Ministros, oriundos da elite social, saberiam realmente o que a sociedade deseja? Precisa-se mesmo que a Corte desempenhe um papel de empurrar a história? Deteriam eles uma pretensa virtude cívica, para dizer o que a sociedade deve seguir?

Para Fonteles (2020, p. 64), não. Segundo o autor “a Constituição Brasileira previu a função contramajoritária e, portanto, é tecnicamente correto se servir dela moderadamente. O mais é ilusão”.

Torrano (2016, s.p.) tece duras críticas ao pretense papel iluminista que a Suprema Corte pretende atribuir a si:

[...] a tese da “vanguarda iluminista” parte de algumas premissas problemáticas que são simplesmente presumidas, por seus defensores, como verdades objetivas. Primeiro, supõe que o Supremo Tribunal Federal compõe-se (e tem a potencialidade, ao menos em curto prazo, de vir a compor-se) apenas, ou em sua maioria, por indivíduos cuja erudição, conhecimento de fatos relevantes e maturidade ética legitimam a tomada de uma postura ativa de educação cívica. Segundo, presume a superioridade absoluta do conhecimento especial (*specialknowledge*) adquirido por magistrados nas faculdades de direito em detrimento do conhecimento mundano (*mundaneknowledge*) difundido na experiência de milhões de indivíduos e canalizados pela participação política em grandes assembleias de representantes do povo. Terceiro, admite que termos vagos, abstratos e extremamente controversos como “justiça social” ou “progresso moral” só podem ser interpretados com êxito quando vinculados a uma única vertente ideológica — aquela com a qual o magistrado concorda. E quarto, presume que o mundo é um ambiente geralmente receptivo às vontades de mudanças “cima-baixo” de uma cúpula estatal centralizada

Trata-se de considerações absolutamente pertinentes. Termos vagos e imprecisos demandam subjetivismo muito maior do que outros com estrutura fechada. Proferir decisões em que o fundamento seja o de que a sociedade precisa progredir, de que o Tribunal estaria “iluminando”, rompendo barreiras, ou até mesmo

“empurrando a história quando ela emperra”, representam muito mais visões ideológicas pessoais do que a guarda da Constituição, que seria o verdadeiro papel do Supremo Tribunal Federal, a despeito do que dispõe o art. 102 da CRFB/88.

4.2.4 Síntese conclusiva sobre as funções

Em suma, abstraindo a função contramajoritária, expressamente prevista no texto constitucional, as funções representativa e, principalmente iluminista, não são pacificamente atribuídas à Alta Corte. Para Fonteles (2020, p. 62-63), representam papéis anômalos (os três) e que podem ser escalonados gradualmente. Em seus dizeres:

Na função contramajoritária, o tribunal invalida uma lei, mas pelo menos faz isso a pretexto de aplicar a vontade do povo (expressa na Constituição). Na função representativa, o tribunal antecipa uma medida que, embora não contemplada por lei, supostamente seria reclamada pelo sentimento social. Em comum, ambas possuem a nota essencial de (tentativa de) respeito à vontade do povo. Por fim, na função iluminista, a mais radical de todas estas funções anômalas, sequer se persegue a vontade popular. Nela, contraria-se o povo, suas leis e às vezes até mesmo a Constituição, em nome de um racionalismo humanista que tem como escopo evoluir uma civilização tida como obscurantista em um dado tema social (grifos nossos)

Por fim, repita-se à exaustão, apenas a função contramajoritária é prevista no texto constitucional e pode ser realizada com parcimônia pelo Supremo Tribunal Federal.

4.3 Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal está, atualmente, com o papel de protagonista do Judiciário Brasileiro. Há uma obsessão pela Alta Corte, como se esta fosse capaz de resolver todos os problemas do Brasil, figurando o Congresso e o Executivo como coadjuvantes. Este fato tem suscitado sérios questionamentos sobre qual seria realmente o papel da Corte Superior. Nery Junior e Abboud (2019, p. 819) sustentam que, “o termo ativismo tem sido empregado com verdadeira poluição semântica, ora descrevendo fenômenos distintos, ora sendo utilizado para legitimar decisões judiciais apenas em função do seu resultado”.

Apontam-se algumas razões para tanto. Com o constitucionalismo contemporâneo (alguns preferem “neoconstitucionalismo”), a força normativa da

Constituição e a rematerialização dos textos constitucionais, o órgão de cúpula Judiciário passou a concentrar maiores poderes, mormente porque é o responsável por assegurar a sua força normativa. Com isso, tem-se visto a judicialização da política e das relações sociais.

Atualmente não se concebe que a Constituição tenha qualquer dispositivo sem caráter normativo, isto é, não possui exortações morais ao Legislador, mas sim, mandamentos, normas vinculantes e obrigatórias, sendo estas características inspiradas no constitucionalismo norte-americano.

De se ressaltar, igualmente, a rematerialização da Constituição, que passou a ser prolixa, extensa, como as Constituições Francesas. Como a Constituição foi feita após períodos conturbados, procurou-se alocar o maior número de direitos possíveis, com a esperança de que seriam respeitados e protegidos. Isso fez com que, no texto constitucional, haja disposições sobre Direito Penal, Direito do Trabalho, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Ambiental, Direito Urbanístico, Direito Previdenciário, etc.

Tal fato ocasionou o fortalecimento do Poder Judiciário, que passa a ter um papel de protagonista, vez que é o responsável (não o único) por assegurar a supremacia da Constituição. Desta maneira, como a Constituição trata de todos assuntos e de todos os temas, originaram fenômenos conhecidos como judicialização da política e das relações sociais.

Barroso (2020, p. 275) aduz que “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Prossegue o autor (2020, p. 275), afirmando que o ativismo se manifesta de diferentes maneiras:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas

Não existe bom ou mau ativismo. Toda conduta ativista é perniciosa ao Estado Democrático de Direito.

Nery Junior e Abboud (2019, p. 821), por sua vez, consignam que há duas dimensões em que o ativismo judicial se manifesta:

[...] (macro) estrutural e (micro) decisória.

Na dimensão decisória (micro) o ativismo consiste na suspensão da legalidade (CF + lei) como critério decisório por um critério voluntarista que pode ser puramente ideológico, econômico, moral, religioso, etc. Ou seja, por meio dele, no Brasil, os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) são suspensos pelo julgador e substituídos por uma subjetividade/discricionariedade. Nessa dimensão, o julgador adquire uma faceta messiânica como intérprete do futuro da sociedade, o escolhido (vanguarda iluminista) para guiar a sociedade na direção do caminho correto.

Já na dimensão macro ou estrutural do ativismo, o que ocorre é a caracterização do fenômeno da juristocracia ou da própria Supremacia Judicial. Em linhas gerais, na dimensão macro, o ativismo se caracteriza por um agigantamento do Judiciário em face dos demais poderes, sem respaldo constitucional para tanto

A separação de poderes é fluida, um jogo de ocupação e desocupação de espaços. Quando um Poder se retrai, outro acaba ocupando aquele espaço.

Para Nery Junior e Abboud (2019, p. 825) “o que efetivamente caracteriza o ativismo é a substituição da legalidade vigente e do texto constitucional pelo senso de justiça e pelas convicções pessoais do magistrado da ocasião”. É uma atuação perigosa, mormente se considerarmos que cada magistrado tem sua visão própria de mundo.

A esse respeito, é absolutamente pertinente transcrever os dizeres de Tavares Neto (2020, p. 114-115):

O ativismo deu tanto poder ao Judiciário e, no topo dele, à corte suprema, que pensaram que o Direito era a própria vontade deles. No simples ativismo, o juiz quer mudar o Direito para que se adeque à sua visão do que seria um Direito “justo” para alcançar uma sociedade “justa” (obviamente uma construção esquerdista, que vê o Direito como instrumento de transformação da sociedade, mas que notou que os projetos de lei mais polêmicos não seriam aprovados pelo Poder Legislativo).

[...]

O ativismo judicial visa à mudança da sociedade através do Direito, mas por meio das decisões judiciais. O juiz ativista não se prende à letra da lei, por ele considerada conservadora e, portanto, retrógrada, mas a interpreta de acordo com a finalidade progressista/revolucionária que pode ser alcançada com a nova norma inventada. Essa interpretação tem por base princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, onde ele, juiz, irá construir um novo Direito a fim de moldar a nova sociedade. O ativismo judicial é, portanto, fazer política por meio do Judiciário, atuando como Poder Legislativo, ao

fazer novas leis e revogar as existentes, e como Poder Executivo, ao decidir as políticas públicas

Em sede doutrinária, Barroso (2019, p. 433) apresenta uma suposta justificativa à discricionariedade judicial:

O fato inafastável é que a interpretação jurídica, nos dias atuais, reserva para o juiz um papel muito mais proativo, que inclui a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações. Para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação. Discricionariedade judicial, portanto, traduz o reconhecimento de que o juiz não é apenas a boca da lei, um mero exegeta que realiza operações formais. Existe uma dimensão subjetiva na sua atuação

Conforme entendimento de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 74), sabe-se que o direito “sofre de uma dupla indeterminação. É essa dupla indeterminação que faz com que interpretar o direito constitua uma empresa lógico-argumentativa”.

Decisões ativistas se baseiam quase sempre em argumentos de princípios. Princípios são abertos, fluídos, exigindo uma maior carga interpretativa, sempre levando em considerações as pré-compreensões do intérprete. Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 76):

[...] a equivocidade não é propriamente um defeito objetivo do texto, mas uma decorrência de diferentes interesses e concepções a respeito da justiça dos intérpretes e da multiplicidade de concepções dogmáticas e métodos interpretativos por eles utilizados que interferem na atividade de individualização, valoração e escolha de significados. A interpretação varia de acordo com a posição assumida pelo intérprete na sociedade ou diante de determinado conflito (diferentes interesses), com as suas inclinações ético-políticas (concepções de justiça), com os conceitos jurídicos de que se vale (concepções dogmáticas) e com os argumentos interpretativos eleitos (métodos interpretativos) (grifos nossos)

Perdeu-se, no tempo, a noção de que o intérprete seria um ser neutro, extraindo do texto legal a vontade da lei, se despidendo de suas pré-compreensões de mundo e de suas ideologias. Para Fonteles (2020, p. 14-15):

Quando dois homens olham ao mesmo tempo para a lua, nenhum deles vê a mesma lua. Um mesmo texto pode ser compreendido de maneira distinta, a depender da biografia de quem o leu. Cada qual carrega consigo suas experiências, vivências, erros, acertos, cicatrizes, orgulhos, temores,

anseios pessoais de justiça, conceitos morais, visões políticas, filosóficas, crenças ou descrenças espirituais

Nesse sentido são as palavras de Fernandes (2020, p. 177-178):

[...] falar em racionalidade e falar em ciência é já ter como pressuposto a precariedade e a falibilidade do conhecimento. É saber que tudo é datado e somente pode ser reconhecido como válido em nosso contexto histórico-especial. Não há mais qualquer esperança de se atingir um conhecimento (e mesmo uma teoria) perfeito que sobreviva ao passar de gerações. Com o giro hermenêutico de Gadamer, aprendemos que não há método que alcance a verdade sobre objetos, ou seja, que desvele os objetos e nos mostre-os de forma pura, absoluta e total. Não temos, pois “o” olhar, mas, sim, “um” olhar sobre um determinado objeto (de investigação como uma norma, por exemplo!), na medida em que não temos acesso à pureza desse objeto, sendo nosso olhar permeado pela “historicidade” e, portanto, sempre socialmente condicionado (filtrado por nossas vivências, fruto de nossas tradições). Ou seja, a Hermenêutica filosófica nos mostra que os nossos conceitos e nossas compreensões se assentam, na verdade, em pré-compreensões, em pré-conceitos. Isso demonstra que, qualquer pretensão à neutralidade científica e a verdades que não sejam apenas precárias e datadas (à luz de pré-compreensões) na ciência moderna, levam-nos ao fracasso

Assentada a premissa de que a interpretação e aplicação das normas, atualmente baseiam-se em pré-compreensões e pré-conceitos do intérprete, chega-se à conclusão de que, muitas vezes, os resultados dos julgamentos no Supremo Tribunal Federal representam nada mais do que a visão de mundo de determinados Ministros.

Um interessante exemplo de como as visões de mundo pré-concebidas influenciam o intérprete, pode ser colhido do voto da Relatora Min. Cármen Lúcia na ADI 4815, em que o Supremo Tribunal Federal considerou inexigível a autorização de pessoas biografadas para a publicação de uma biografia:

A censura cala a pessoa, a alma, a alegria, o sonho que se põe em expressão para se tornar ideia, que se pode converter em ação, que se pode tornar destino. Do Índex da Igreja Católica ao McCartismo nos Estados Unidos, de Giordano Bruno ao *affaire Charlie Hebdo*, dois são os atributos da censura estatal ou particular: a intolerância à diferença e à sobrançeria de uma em relação à outra pessoa, sobre a qual se pretende exercer o poder.

[...]

Na ciranda de roda da minha infância, alguém ficava no centro gritando: “cala a boca já morreu, quem manda em minha boca sou eu”. O tempo ensinou-me que era uma musiquinha, não uma realidade. Tentar calar o outro é uma constante. Mas na vida aprendi que quem, por direito, não é senhor do seu dizer, não se pode dizer senhor de qualquer direito (STF, ADI 4815, Rel. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015)

Analisando o voto supracitado, tem-se que a Ministra é incisiva em afirmar que a censura “cala a pessoa”, “cala o sonho”, discorrendo, posteriormente, que “na vida aprendi [...]”. Isto demonstra que o seu voto baseia-se em pré-compreensões e na sua experiência de mundo.

Posteriormente, em uma entrevista concedida a Pedro Bial, no programa “Conversa com Bial”, questionada sobre seu voto na ADI 4815, a Ministra afirmou:

Pedro, a gente cantava isso quando era menina “cala a boca já morreu, quem manda na minha boca sou eu”. Eu fui interna em um Colégio de Freiras e eu não fui feliz naquele tempo. Aliás, eu não tenho vocação para ser infeliz, de jeito nenhum. [...] Para mim, a liberdade não é uma circunstância, não é uma palavra, não é isso. Talvez eu tenha vivido tempo demais privada da liberdade, inclusive, de dizer, porque eu saí do internato e praticamente fui direto para uma faculdade na década de 70. E eu tive professores que diziam assim “você escrevam na prova o que vocês quiserem, não respondo por isso”. Ter sido estudante de direito na década de 70, só quem esteve lá para saber o que era a vontade de arrancar aquilo e de esgoelar qualquer coisa. Eu digo porque as serenatas que a gente fazia, era uma forma de você cantar e nem cantar podia. Tinha que cantar, às vezes, quase que silenciosamente naquelas escadarias das Igrejas de Ouro Preto. Então, pra mim, quando dizem “você luta pela liberdade de imprensa, pela liberdade de expressão”, eu luto por mim. Eu não fui advogada de jornalistas ou de sindicatos por acaso. Eu sei que ninguém pode viver sem liberdade. Eu estou contando uma história de mim mesma. Quem soube a força da mordada sabe o gosto do falar (informação verbal²)

É interessante e revelador comparar a entrevista com o voto da Ministra na ADI 4815. Analisando exatamente este caso, Fonteles (2020, p. 16) aduz que:

Na realidade, no julgamento da ADIn das biografias, o voto da Ministra Cármen Lúcia atuou como um espelho psicanalítico da própria biografia. Em um simples cotejo entre o que foi dito no STF e as suas declarações para o jornalista Pedro Bial, constata-se a poderosa influência das suas pré-compreensões, gravadas de maneira indelével nos átrios do seu inconsciente

Em suma, os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal refletem a sua ideologia e concepções de mundo. Quanto à discricionariedade judicial, afirma Dworkin (2010, p. 127):

Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem,

² Entrevista da Min. Cármen Lúcia no Programa “Conversa com Bial” em maio de 2017.

segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão

É de difícil enquadramento, na Constituição Federal, um “poder discricionário” de que teria o magistrado para julgar *hard cases*, mesmo que a pretexto de cumprir sua força normativa. Na verdade, o que existem, são espaços na qual poderá o Ministro transitar, acolhendo uma ou outra interpretação que se ache adequada ao caso concreto. Mais uma vez, reitera-se que não há resposta correta, ainda mais em uma Constituição tão aberta valorativamente como a nossa.

4.3.1 A homofobia e transfobia subsumida ao crime de racismo (Lei 7.716/89)

Decisão que gerou inúmeras controversas no ano de 2019, foi a da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, de relatoria do Min. Celso de Mello, julgada em conjunto com o Mandado de Injunção 4.733/DF, de relatoria do Min. Edson Fachin. O mandado de injunção foi impetrado em 2012, pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) pedindo que a homofobia e a transfobia se enquadrassem no conceito de racismo. Subsidiariamente, que fossem entendidas como discriminações atentatórias a liberdades e direitos fundamentais. Já em 2013, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, pedindo que o STF declarasse a omissão do Congresso Nacional em legislar sobre lei que criminalizasse os atos de homofobia. A ação teve por fim, que fosse imposto ao Legislativo o dever de elaborar uma legislação especial criminal, que punisse a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo.

No dia 13 de junho de 2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional, por não editar lei que criminalizasse os atos de homofobia e transfobia, entendendo, por maioria, pelo enquadramento da homofobia e transfobia aos tipos penais da Lei 7.716/89.

Conforme informações retiradas do portal de notícias do Supremo Tribunal Federal (2019, s.p.):

Por maioria, a Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria. Nesse ponto, ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, por entenderem que a conduta só pode ser punida mediante lei aprovada pelo Legislativo. O ministro Marco Aurélio não reconhecia a mora

Conforme consta no Informativo n. 944, o STF, por maioria, fixou a seguinte tese:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”);
2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;
3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito. (STF. Plenário ADO 26/DF, Rel.

Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13/6/2019)

Em resumo, decidiu o Pretório Excelso que, até que fosse emanada Lei do Congresso Nacional destinado a punir condutas homofóbicas e transfóbicas, por estas traduzirem expressões de racismo em sua dimensão “social”, seriam enquadradas tipicamente aos preceitos primários da Lei 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Com esteio na lição de Fonteles (2019b), criou-se um tipo penal pretoriano.

Ficaram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli. Cavalcante (2019, s.p.) resume os argumentos:

Min. Ricardo Lewandowski (vencido)

O Min. Ricardo Lewandowski reconheceu a mora legislativa e a necessidade de dar ciência dela ao Congresso Nacional a fim de que seja produzida lei sobre o tema. No entanto, entendeu que a homofobia e a transfobia não se enquadram na Lei do Racismo.

É indispensável a existência de lei para que seja viável a punição penal de determinada conduta.

“A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma garantia fundamental dos cidadãos que promove a segurança jurídica de todos”.

Min. Marco Aurélio (vencido)

Para o Min. Marco Aurélio, a Lei do Racismo não pode ser ampliada em razão da taxatividade dos delitos expressamente nela previstos. Ele considerou que a sinalização do STF para a necessária proteção das minorias e dos grupos socialmente vulneráveis, por si só, contribui para uma cultura livre de todo e qualquer preconceito e discriminação, preservados os limites da separação dos Poderes e da reserva legal em termos penais.

Min. Dias Toffoli (vencido)

O Min. Dias Toffoli acompanhou o ministro Ricardo Lewandowski pela procedência parcial dos pedidos, com a mera notificação do Congresso Nacional acerca da mora (grifos nossos)

Na tentativa de amenizar um problema social, criou-se um precedente perigoso e que merece críticas do ponto de vista estritamente técnico.

Como primeiro ponto, vale a pena recordar que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no Inquérito 3590/DF, já havia decidido que o rol de elementos de preconceito e discriminação do art. 20 da Lei 7.716/89 era taxativo. Conforme ementa:

Ementa: TIPO PENAL – DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO – ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 – ALCANCE. O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a

decorrente de opção sexual. (STF, Inq 3590, Rel. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 12/08/2014)

O que causa perplexidade é que o Min. Roberto Barroso, no Inq. 3590, votou em um sentido e na ADO n. 26, em outro. Vejamos o voto do Ministro no caso do Inq. 3590:

[...] De modo que, no plano das ideias, eu diria que o desvalor da proposição aqui em discussão ultrapassa todos os limites do erro, mas, a meu ver, não ingressa na esfera do crime. Até porque, como Vossa Excelência observou, Ministro Marco Aurélio, a tipificação do art. 20 da lei nº 7.716, desde a sua ementa, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor e, em seguida, o art. 20, numa tipificação estrita como próprio, também se refere a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Eu até consideraria razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio, de *hatespeech*, como observou a Doutora Deborah Duprat. Mas a verdade é que essa lei não existe. Existe até um projeto de lei em discussão no Congresso Nacional.

De modo que eu acho que vulneraria princípios que nós consideramos importantes se a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal punisse criminalmente alguém sem que uma lei claramente defina essa conduta como ilícita.

De modo que, por mais reprovável que se considere essa manifestação no plano moral, eu penso que não é possível tipificá-la penalmente, de modo que estou acompanhando Vossa Excelência pelo não recebimento da denúncia (Inq 3590, Rel. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 12/08/2014)

In casu, afirmou que vulneraria princípios importantes ao STF, caso se punisse criminalmente uma conduta, sem que houvesse uma lei definindo-a como crime. Trata-se de adequação típica.

No outro caso (ADO 26) assim votou o Min. Roberto Barroso:

[...] outros tipos de discriminação contra grupos sociais minoritários são objeto de criminalização específica. A Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo) pune “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Em um sistema jurídico coerente, em que estão presentes as mesmas razões, deve-se aplicar o mesmo direito. A Constituição repudia todas as formas de discriminação que atentem contra direitos e liberdades individuais, sem diferenciar as que se fundam em preconceitos de raça, etnia, religião, procedência nacional, orientação sexual e identidade de gênero. Assim, não há qualquer fator razoável de distinção que justifique que apenas algumas dessas espécies de discriminação sejam condutas criminosas. Eventual tratamento diferenciado constituiria forma de hierarquização de opressões sociais, inadmissível à luz do princípio da isonomia (ADO 26, Rel. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019)

Ora, em um primeiro momento afirmou que, por mais reprovável que considerasse uma manifestação homofóbica no plano moral, não seria possível tipificá-la penalmente, já que não havia lei considerando-a crime. De outro, recentemente, afirma que, “se estão presentes as mesmas razões, deve-se aplicar o mesmo direito”.

Ocorre que este argumento não pode ser aplicado ao Direito Penal! A decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e no Mandado de Injunção 4733, viola um dos princípios mais importantes do Direito Penal: o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade é uma das vigas mestras do controle do poder punitivo do Estado sendo, “sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal” (GRECO, 2019, p. 144), conforme previsão constante no inc. XXXIX do art. 5º da Constituição da República de 1988 e no art. 1º do Código Penal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal

O Direito Penal é um instrumento que surge como fator de contenção do Estado. Não fosse este ramo de *ultima ratio*, vigeria a vingança privada. Pelo princípio da legalidade, não há um crime sem uma lei anterior à conduta que o defina. O fundamento do princípio da legalidade é o próprio Estado de Direito, entendido como aquele que se organiza sobre suas próprias leis. O Estado não pode fazer nada que não tenha previsão em lei, pois, não fosse assim, seria um ato abuso, remontando ao autoritarismo. Repita-se à exaustão: o Estado-Juiz só pode aplicar penas que tenham previsão em lei e para condutas que configurem de acordo com o que diz a lei. A finalidade do princípio da legalidade é trazer segurança jurídica. A propósito, a primeira parte do art. 7º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já afirmava: “ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas”.

Nesse sentido, Greco (2019, 144-145) aduz:

[...] não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal.

[...]

Por intermédio da lei existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, ou seja, definindo as condutas proibidas (comissivas ou omissivas), sob ameaça de sanção

Afirma, ainda, Cunha (2019, p. 96) que:

Presente também em outros ramos do Direito, a garantia da legalidade ganha ainda maior relevância na seara penal, uma vez que este ramo representa essencialmente exercício de poder e, em sendo assim, precisa ser limitado. A punição estatal não pode estar a serviço da tirania e da vilania de um administrador (intervenção penal autoritária), sendo indispensável restringir o poder de polícia do Estado, submetendo a sua vontade ao “império da lei”.

[...]

A evolução do Direito Penal é, destarte, marcada pela evolução de suas garantias, de modo que esse princípio se constitui no ponto básico para que se possa falar em criação de um Direito Penal racional e compatível com o Estado Democrático de Direito

Masson (2020, p. 6), por sua vez, apresenta três fundamentos para legitimar o princípio da reserva legal: a) jurídico; b) político e; c) de cunho democrático

O fundamento jurídico é a taxatividade, certeza ou determinação (não há espaço para a analogia *in malam partem*), pois implica, por parte do legislador, a determinação precisa, ainda que mínima, do conteúdo do tipo penal e da sanção penal a ser aplicada, bem como, da parte do juiz, na máxima vinculação ao mandamento legal, inclusive na apreciação de benefícios legais. O fundamento político é a proteção do ser humano em face do arbítrio do poder de punir do Estado. Enquadra-se, destarte, entre os direitos fundamentais de 1ª geração (ou dimensão). Por sua vez, o fundamento democrático (“dimensão democrática do princípio da reserva legal”) revela a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal. De fato, os parlamentares, eleitos pelos cidadãos brasileiros, elaboram a legislação penal. Portanto, ao menos em tese, é o povo quem escolhe os crimes e as penas que devem vigorar no Brasil

Estefam (2020, p. 145) enaltece a importância do princípio da legalidade para a segurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio:

[...] o princípio da legalidade tem importância ímpar em matéria de segurança jurídica, pois salvaguarda os cidadãos contra punições criminais sem base em lei escrita, de conteúdo determinado e anterior à conduta. Exige, ademais disso, que exista uma perfeita e total correspondência entre o ato do agente e a lei penal para fins de caracterização da infração e imposição da sanção respectiva

Comparando as contribuições dos referidos autores com a decisão do Supremo Tribunal Federal ora analisa, concluí-se que esta viola frontalmente o princípio da legalidade (ou reserva legal).

A legalidade protege os cidadãos contra punições sem base em lei escrita, com conteúdo determinado e anterior à conduta. A Lei 7.716/89 não tem conteúdo determinado para punir práticas homofóbicas e transfóbicas. Caso houvesse uma lei emanada do Congresso Nacional (pois compete à União legislar sobre direito penal, *ex vi* do art. 22, I, da CRFB/88) punindo estas práticas, não haveria problema algum. O problema é que não há!

A legalidade exige perfeita e total correspondência entre a conduta do agente e a lei penal. O art. 20 da Lei 7.716/89 pune quem “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Não há perfeita adequação típica entre a conduta (homofóbica) e o tipo penal incriminador. Aduzir que se trata de “racismo social” e, portanto, se ajustaria aos preceitos primários incriminadores previstos na Lei 7.716/89, é um verdadeiro “malabarismo jurídico”, como também imprime indesejável imprecisão jurídica, que em nada contribui para a ciência do direito.

Badaró (2019, s.p.) traduz a questão com clareza:

Não é possível extrair dos substantivos “raça, cor, etnia e religião”, nem na expressão “procedência nacional”, constantes do art. 1º daquela lei, qualquer conteúdo que se conecte, minimamente, à orientação sexual ou identidade de gênero. Basta uma consulta aos léxicos. Ser assexual, bissexual, heterossexual, homossexual, intersexual ou pansexual não diz respeito à “raça, cor, etnia religião ou procedência nacional” da pessoa

Como sustenta Fonteles (2019b, p. 212-213), “a utilização do delito de racismo, para estendê-lo analogicamente à homofobia, é como tirar uma luva das mãos e tentar encaixá-la em um dos pés”.

Prossegue Estefam (2020, p. 146) quanto à hipótese de relativização do princípio da legalidade:

É preciso advertir, entretanto, que qualquer relativização do princípio mostra-se, segundo entendemos, absolutamente incompatível com nossa Constituição Federal, que o erigiu a direito fundamental. Ademais disso, representaria um retrocesso e a negação de diversos avanços democráticos obtidos ao longo dos anos em matéria penal.

Como derivação do princípio da legalidade, tem-se que não cabe, em matéria de Direito Penal, analogia *in malam partem*. Conhecedor desta regra sustentou o Min. Celso de Mello em seu voto, que a proposta de enquadrar condutas homofóbicas e transfóbicas na Lei 7.716/89, não seria analogia. *In verbis*:

[...] o entendimento que venho de expor não envolve aplicação analógica (e gravosa) das normas penais previstas na Lei nº 7.716/89, pois, como ninguém o ignora, não se admite a utilização de analogia “*in malam partem*” em matéria penal [...].

Não se cuida, também, de formulação de tipos criminais, nem de cominação de sanções penais, eis que, como precedentemente por mim enfatizado, mostra-se juridicamente inviável, sob perspectiva constitucional, proceder-se à tipificação de delitos e à cominação de penas mediante provimentos jurisdicionais, ainda que emanados do Supremo Tribunal Federal (item n. 7). O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social (Voto Min. Celso de Mello, ADO 26, Rel. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019)

Para o Min. Celso de Mello não seria uma aplicação analógica da Lei 7.717/89. Seria “apenas” uma subsunção de condutas homotransfóbicas aos preceitos incriminadores da multicitada lei. Isto é, o STF definiu quais fatos se adequariam aos preceitos primários da Lei do Racismo (7.716/89), mesmo o preceito primário incriminador nada dispondo sobre condutas homotransfóbicas.

Em crítica à decisão do Pretório Excelso, Masson (2020, p. 8) é incisivo:

É preciso reconhecer, entretanto, que para tutelar algumas liberdades fundamentais o Supremo Tribunal Federal incidiu em grave erro, e olvidou-se de outra liberdade fundamental, conquistada a duras penas ao longo da história da humanidade: o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Com efeito, crimes e penas somente podem ser criados por lei, nunca por decisão judicial, ainda que emanada da Corte Suprema. A taxatividade, compreendida como fundamento jurídico

do princípio da reserva legal, impede a utilização da analogia prejudicial ao réu (*in malam partem*) no Direito Penal. Cuida-se de direito fundamental do ser humano, que não poderia ser sacrificado sob o argumento de tutela de outros direitos. De fato, o art. 1º da Lei 7.716/89, utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para a criminalização da homofobia e da transfobia, estatui: “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Não se fala em gênero ou orientação sexual. A Corte Constitucional alargou demais a lei, para englobar fatos que não estão ao seu alcance. Convém repetir: não se pode aniquilar direitos para tutelar outros direitos, sob pena de insegurança jurídica e, acima de tudo, de desrespeito à Constituição Federal (grifos do autor)

Apresenta-se, na mesma esteira, a longa e minuciosa crítica de Fonteles (2019b, p. 206-209):

Antes de qualquer coisa, posicionar-se tecnicamente contra (ou favoravelmente a) uma decisão não significa que moralmente sejamos contrários à solução por ela alcançada. A abordagem é eminentemente descritiva, não prescritiva. Neste caso, como ensinou o Professor de Viena, “O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito”. (KELSEN, 2015, p. 77). Portanto, a análise do Direito é científica.

Em segundo lugar, ainda que estivéssemos no campo moral, é preciso desvencilhar-se da visão infantil e maniqueísta de que apenas pessoas insensíveis à pauta LGBTI+ seriam contra a criminalização da homofobia à maneira como proposta. Absolutamente. Esta concepção simplória, tão contraditória no senso comum, seria facilmente desmentida por exemplos como o do ativista Jean Wyllys, notabilizado pela sua combativa atuação parlamentar em favor da fração LGBTI+, mas que, em algumas entrevistas, já manifestou que sua concordância com o PL 122 (que originalmente criminalizava a homofobia) dependeria de uma aprovação em consonância com o Direito Penal mínimo, inclusive, abolindo a pena de prisão para injúrias homofóbicas[...].

O terceiro aspecto, certamente crucial para o deslinde da controvérsia, diz respeito à premissa a ser adotada: considerando as leis penais que hoje vigoram na República Federativa do Brasil, configurou-se uma inconstitucionalidade por omissão? [...]

Se um ser humano é assassinado, o assassino é punido com uma reclusão de 6 a 20 anos (art. 121, CP). A isto chama-se homicídio “simples”, se é que há simplicidade no ato de fazer um coração parar de bater. Quando um ser humano é assassinado *porque era homossexual (homofobia)*, o agressor é punido com uma reclusão de 12 a 30 anos (art. 121, §2º, CP). Neste caso, a homofobia transforma o crime “comum” em *crime hediondo*, impedindo a concessão de fiança e proibindo a obtenção de indulto, graça e anistia. Mas as diferenças não se limitam a estes aspectos. Um homicídio motivado pela homofobia, dada a sua hediondez, dificulta a fruição de livramento condicional, exigindo-se uma fração maior de cumprimento da pena (2/3). A progressão de regime do homicida homofóbico também é sobremodo mais rigorosa, porque demanda 2/5 (primários) ou 3/5 (reincidentes). Por fim, a prisão temporária do assassino homofóbico é mais severa que a usual: 30 dias. Em suma, as mortes decorrentes de homofobia são punidas severamente pela legislação brasileira, de modo que, quanto a este ponto, a tese firmada na ADO 26 é um pleonasma (a ação determinou que a homofobia fosse considerada como qualificadora do crime de homicídio, exatamente o que já ocorria antes do julgamento).

[...]

Se alguém impede um ser humano de hospedar-se em uma pensão porque é gay, isto deveria mesmo ser crime, mas não há previsão legal na legislação penal a esse respeito. Se um ser humano é impedido de jantar em um restaurante, por ser gay, a recusa em atendê-lo deveria, igualmente, ser considerada como crime. Apesar disso, a não leva esta hipótese em consideração. Se, em uma República, um ser humano deixa de ter acesso a um cargo público, em razão da sua homossexualidade, a discriminação repugna ao sentimento de justiça e é de todo recomendável que seja criminalizada. Seria cruelíssimo que uma pessoa fosse privada de buscar abrigo, de saciar sua fome ou de amearhar o pão com o suor do seu rosto porque sente libido com alguém do mesmo sexo. Esta realidade simplesmente não justifica um *apartheid social*. Aqui, é possível sustentar de maneira coesa a existência de uma lacuna ou até mesmo de uma inconstitucionalidade por omissão. De fato, não há uma legislação que puna criminalmente a homofobia manifestada por meio de segregação espaciais ou sociais. Felizmente, nos últimos anos, homossexuais não estão sendo privado, no Brasil, de frequentar academias, restaurantes, hotéis ou *boîtes*. O acesso a cargos públicos também tem sido franqueado para a população LGBTI+, embora se saiba que, lamentavelmente, travestis têm tido dificuldades de inserção no mercado de trabalho. Seja como for, o legislador brasileiro, quanto a este aspecto, realmente incorreu em omissão. Por óbvio, se entendermos que a comunidade LGBTI+ está sendo privada de ingresso nos recintos públicos. Se a conclusão for que isso não mais ocorre, o comportamento omitente deixa de existir (grifos do autor)

Prossegue o autor, apontando que, havendo omissão do Poder Legislativo em legislar sobre determinados temas, referida argumentação também alcançaria outros grupos minoritários e vulneráveis, conforme entendimento de Fonteles (2019b, p. 209-210):

Seja como for, se houver omissão, ela necessariamente alcança outros grupos vulneráveis. É importante lembrar que a omissão apontada também afeta prostitutas, sabidamente marginalizadas. Estas são discriminadas dos espaços públicos, por exemplo, quando tentam reservar uma hospedagem em hotéis ou casas de pensão e ouvem a falsa resposta de que não há unidades disponíveis. Não são bem-vindas em muitos restaurantes e enfrentam dificuldades significativas no mercado de trabalho. Se tentarem ingressar no serviço público, a sindicância de vida pregressa e a exigência de idoneidade moral poderão atormentar essas pessoas. Da mesma maneira, tem sido habitual que pessoas de aparência comum (distinta dos padrões comerciais) sejam impedidas de entrar em *boîtes* de luxo, porque supostamente não seriam tão belas, conforme o julgamento estético perversamente efetuado pelo segurança do estabelecimento onde opera-se a odiosa discriminação. Todas estas pessoas e categorias, além de muitas outras, estão desguarnecidas pela legislação. Este é o caso dos ciganos e das pessoas economicamente desvalidas que, pelo estado de penúria, são alijadas dos espaços públicos comerciais (*shoppings*, etc.). Se a Suprema Corte for realmente coerente com o que externou, deverá necessariamente incluir pessoas tatuadas no âmbito de proteção da Lei n. 7.716/89. Afinal, tatuados também sofrem segregação social e espacial em razão da cor da epiderme, elemento apontado como explicitamente pelo diploma aludido. [...] Outrossim, pelas mesmas razões, não haveria razão para excluir pessoas obesas da proteção penal. Todos esses problemas de extensão protetivas seriam resolvidos com uma analogia para a criação de tipos penais pretorianos? Segundo o STF, o ajuste dos fatos ao arquétipo

abstratamente previsto na norma penal pode ser efetuado quando as razões forem idênticas. [...] Ora, não há razão para discriminar todos os demais integrantes de grupos vulneráveis litados alhures. E, sendo assim, todos estes crimes serão havidos como imprescritíveis (grifos no original)

Há inúmeros grupos marginalizados na sociedade. A discriminação atinge todos eles. Fosse seguir a orientação do Supremo, haveria inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade por omissão para que o Pretório Excelso os incluísse na exegese da Lei 7.716/89. É uma afronta à legalidade penal e ao Estado Democrático de Direito. Criou-se um precedente perigosíssimo. Ademais, pela letra da Constituição de 1988 (art. 5º, inc. XLII), o racismo constitui crime inafiançável e imprescritível. Considerando que a prescrição é a regra, e a imprescritibilidade dos delitos só se presta nos casos estritamente aludidos em seu texto, o STF, por analogia, "criou" um delito imprescritível. Não há alusão na decisão, mas, à pretexto de aplicar e dar força normativa à Constituição de 1988, o Supremo laborou contrariamente a ela.

Fonteles (2019b, p. 210) alude, ainda, à controvérsia da inconstitucionalidade por omissão:

Perceba-se que a premissa da inconstitucionalidade por omissão, tão propalada como se fosse uma obviedade, é controversa e apresenta complexidades reais. Sua conclusão depende diretamente da abordagem hermenêutica adotada pelo intérprete: originalistas indagariam se a palavra "racismo", tal como empregada em 1988, contemplaria a homofobia (*original publicmeaning*). Se a Constituição não contemplasse este significado, à época em que promulgada, não haveria como cogitar de inconstitucionalidade por omissão. Uma outra gama de originalistas tentaria decifrar se o constituinte almejava fazer esta inclusão (*original intent*), no ano de 1988. Era esta a intenção de quem redigiu o texto constitucional? Caso não, também não haveria inconstitucionalidade por omissão. Finalmente, adeptos da *livingconstitution* (constituição como um organismo vivo) sustentariam que, embora originalmente não houvesse esse propósito, os anos se encarregaram de alterar o significado da palavra constitucional. Conclui-se que, mesmo adotando-se a última corrente, seria temerário afirmar que o Congresso está em omissão há 30 (trinta) anos. A Décima Quarta Emenda à Constituição norte-americana (*equalprotection*) foi concebida apenas para proteger minorias raciais. Ao longo dos anos, o mesmo texto passou a significar também uma proteção para as mulheres. O Brasil está enfrentando um debate similar, mas a comunidade jurídica parece não ter percebido que este é o verdadeiro pano de fundo da controvérsia. Os Ministros do STF precisam posicionar-se claramente sobre este aspecto, em apreço à segurança jurídica, revelando suas premissas científicas. Afirmar genericamente que o Congresso Nacional está em mora, há três décadas, é um salto argumentativo

Valendo-se das lições de Fonteles (2019b, p. 212), é revelado que, na verdade, a reserva legal seria uma regra e o Supremo Tribunal Federal não estaria ponderando princípios, mas sim, superando uma regra:

Tecnicamente, a reserva legal não é um princípio, a menos que não utilizemos a acepção de Robert Alexy (e não haveria problema algum em divorciar-se do construto de Alexy, não fosse o fato de que o STF se propõe obstinadamente a acolher o empreendimento teórico do jurista alemão). Princípios são normas que expressam deveres *prima facie*, o que não é o caso. [...] Isso tem importância prática. Quando o STF “pondera” a reserva legal, está, na realidade, derrotando uma regra (*defeasibility*) e não ponderando princípios. Antes o STF ponderava princípios, como regra. Hoje, atreve-se a ponderar as próprias regras

Concluí-se, com Tavares Neto (2020, p. 117-118), através de importante ponderação:

Os princípios constitucionais possuem tamanha proeminência na ideologia constitucionalista moderna que mesmo regras constitucionais sucumbem perante duvidosas interpretações de princípios. Não que os princípios sejam normas superiores. Os constitucionalistas afirmam categoricamente que não há hierarquia entre normas constitucionais. Logo em seguida, esses mesmos constitucionalistas explicam que os princípios são, sim, o eixo interpretativo da Constituição e que ela inteira deve ser “interpretada” à luz deles. Como os princípios muitas vezes não possuem uma substância bem definida, acaba que o eixo interpretativo é aquilo que o intérprete (juiz) disser que é. Assim, é possível, com base em uma interpretação absolutamente fora do que se esperaria de qualquer jurista, entender que há princípios na Constituição que determinam a criminalização de variadas condutas, independente de uma lei especificando os preceitos penais (que é uma regra de direito fundamental do cidadão – a legalidade estrita em matéria penal).

Dessa forma, criou-se um crime por meio de interpretação judicial: a homofobia e transfobia. Com base na parte principiológica de dois dispositivos de direito fundamental, o STF afastou o princípio mais caro ao Direito Penal (que na verdade é uma regra), de modo que agora a segurança jurídica sobre qualquer questão de direito penal ou processual penal no Brasil é inexistente (grifos nossos)

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal deu um grande salto hermenêutico violando diversas regras (também) constitucionais. Afastou-se das regras de Direito Penal, violando o ponto nevrálgico do sistema punitivo: a estrita legalidade. Em votos baseados nos argumentos dos mais diversos fatores, contornou-se o art. 5º, inc. XXXIX (que afirma categoricamente que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”) da Constituição da República e fixou, de maneira peremptória, que a homofobia e transfobia se adequariam tipicamente aos preceitos da Lei 7.716/89. É uma decisão

que tem sido criticada por inúmeros autores, como vimos acima e capaz, ainda, de gerar o *backlash*, conforme será abordado no capítulo seguinte.

5 BACKLASH

Este cenário de constantes modificações valorativas e insegurança quanto à aplicação do texto constitucional, notadamente em relação a regras claras, permite o surgimento do fenômeno do Backlash.

Chaves, Braga Netto e Rosenvald (2020, p. 76), aduzem que “vivemos dias complexos e velozes. Nossa sociedade é caracterizada por amplo pluralismo axiológico, com muitos e distintos interesses interagindo no quadro social”. De fato, nossa sociedade é complexa e pluralista, comportando os mais diversos sentidos de vida digna. Se antes os desacordos morais estavam afetos a temas sensíveis, como religião e política, atualmente, todos querem ser intérpretes da Constituição, não havendo consenso nas questões mais simples possíveis.

Por essa razão, é possível visualizar que uma decisão contrária às concepções pessoais dos indivíduos, quando proferida, é bem possível que haja uma reação. Outrora amplamente discutido na doutrina norte-americana, o estudo do *backlash* já começa a caminhar no Brasil.

Fonteles (2019, p. 23), em uma das únicas obras brasileira dedicada ao tema, disserta:

A História revela um possível e provável nexu etiológico entre posicionamentos judiciais em questões controversas e uma enfurecida revanche por parte do grupo cujos interesses foram atingidos pela decisão. É como se houvesse um gatilho político invisível, que é acionado sempre que Tribunais se precipitam em desacordos morais sensíveis, ainda não amadurecidos pela sociedade. Assim, quando uma decisão inflama ressentimentos sociais, deflagrando reações hostis, tem sido comum falar em efeito *backlash*

Tribunais quase sempre acreditam ser o *locus* perfeito para decidirem desacordos morais razoáveis, seja fundamentando isso em sua função contramajoritária, seja em razão da (duvidosa) função iluminista. Quando isso ocorre, a possibilidade de ocorrência de reações por parte dos setores atingidos na sociedade é quase certa.

Por via de consequência, é oportuno observar, nestas notas introdutórias, que a expressão *backlash* ganhou conteúdo com o passar do tempo. Na dicção de Fonteles (2019, p. 25):

O fato é que a palavra *backlash* sofreu uma série de transformações semânticas ao longo dos anos. Em um interessante apanhado realizado por Robert Post e Reva Siegel, da *Yale Law School*, o vocábulo, segundo o Dicionário de Oxford, significava uma espécie de pane mecânica nas rodas. A expressão também passou a ser empregada para designar um incidente indesejável no molinete de uma vara de pescar. Como anotam os autores, em todos os contextos, o *backlash* traduzia “efeitos indesejáveis e contraproducentes”.

Com o passar do tempo, por volta da metade do século XX, a palavra aproximou-se do seu significado utilizado nos domínios do Direito Constitucional, sendo entendida como uma reação da opinião pública a controvérsias políticas. Já nesse contexto mais próximo do atual, historicamente, o termo *backlash* foi percebido como uma reação às lutas por direitos civis, a exemplo dos direitos fundamentais dos negros norte-americanos (“*whitebacklash*”) e das mulheres (*backlash* como reação ao feminismo). É importantíssimo fazer esse registro histórico, porque, até os dias de hoje, muitos ainda insistem em empregar o termo *backlash* como se estivessem aprisionados no século XX, ou seja, somente compreendem a expressão de maneira pejorativa e designadora de algo intrinsecamente hostil a direitos fundamentais. Com esse tipo de pré-compreensão, ofusca-se a análise científica de um fenômeno tão multifacetado

O *backlash* não se resume apenas como reação às lutas por direitos civis. O termo sofreu um giro hermenêutico, passando a designar outras situações de reações sociais, não necessariamente conservadoras, contra decisões progressistas. Nesse sentido:

Em parte, há uma razão para essa opinião precoce e desatualizada. É de se admitir que, durante algum tempo, o *backlash* foi instrumentalizado por setores mais conservadores da sociedade, que fizeram dele um espantalho para amedrontar iniciativas “progressistas” na arena judicial. Exatamente para inibir e atemorizar tentativas de solucionar desacordos morais nos Tribunais, juristas conservadores usaram o *backlash* como um Golias, supostamente invencível, transmitindo a ideia de que seria mais sábio não se aventurar a enfrentá-lo. O uso estratégico do *backlash* nessa guerra cultural apavorou alguns juristas “progressistas”, mas esse artifício ideológico também gerou um sentimento de aversão e repulsa, que, entre parte dos estudiosos, parece perdurar até os dias hodiernos. (FONTELES, 2019, p. 25-26)

Fernandes (2020, p. 240-241) conceitua o *backlash* como:

Backlash, ou resistência popular (ou mesmo *refluxo*), é uma das várias práticas de contestação de normas por meio das quais o povo busca influenciar o conteúdo do direito constitucional. Através da resistência popular, os cidadãos se engajam politicamente na reivindicação dos seus

ideais e na persuasão das cortes, que, embora nem sempre seja exitosa, tensiona a interpretação judicial a observar os influxos desenvolvidos fora dos tribunais

Já Marmelstein (2015, s.p.) aduz sobre o que denomina de “efeito *backlash* do ativismo judicial” como “uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo”.

Pimentel (2017, p. 194), em pertinente observação, acentua que “o conceito de *backlash* não se associa com erro ou acerto da decisão objeto da reação. Não há, por assim dizer, um liame inexorável entre a reação social e a correção da decisão”. Para a autora, o fato de termos reações sociais contra uma decisão não significa, necessariamente, que a decisão esteja incorreta.

Barroso (2019, p. 452) por sua vez, aduz que “às vezes, ocorre na sociedade uma reação a certos avanços propostos pela suprema corte. Nos Estados Unidos, esse fenômeno recebe o nome de *backlash*”. Note-se que o Ministro associa as reações sociais, aos *avanços* propostos por uma Corte Suprema, como se, esta tivesse proferido decisões aptas a modificar positivamente a sociedade e consequente reação do grupo refratário.

Pimentel (2017, p. 195), no mesmo sentido, afirma que “existem reações negativas àquelas decisões do Judiciário, principalmente as proferidas pela Suprema Corte, que interpretam a Constituição de modo a ampliar e reconhecer o direito das minorias”. Também é encontrado, aqui, uma entrelace entre o reconhecimento de direitos das minorias e reações sociais. Todavia, não é sempre isto que ocorre. É possível ter reações sociais “progressistas” contra decisões que mantêm o *status quo*, como também se pode observar o *backlash* conservador contra decisões progressistas. Não há necessariamente uma vinculação entre uma decisão que reconhece o direito das minorias e o *backlash*. Esse é o sentido das considerações de Fonteles (2019, p. 27-28), que traz exemplos a confirmar o aludido:

De fato, o *backlash* não se limita a reações conservadoras, porque [...] nem sempre surgirá contra uma decisão que ameaça o *status quo*. Em tese, ainda que isso seja relativamente incomum, é possível a formação de um *backlash* não conservador [...].

A história do constitucionalismo norte-americano também fornece uma ótima ilustração de *backlash* “progressista”, a exemplo das reações ao caso *Bowers v. Hardwick* (1986), quando a Suprema Corte Norte-Americana

deixou de pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei que criminalizava a sodomia, inflamando uma avalanche de protestos. A pretexto de multar um cidadão americano, um policial dirigiu-se à sua residência e, ao aproximar-se da casa, testemunhou o proprietário mantendo relações sexuais com outro homem, fato este que rendeu ensejo à persecução penal pelo crime de sodomia. Invocando o direito constitucional à privacidade, porquanto surpreendido na intimidade do seu lar, o acusado postulou a invalidação da lei estadual que criminalizava as práticas homossexuais. Contudo, a Suprema Corte se negou a fazê-lo, posicionamento que foi compreendido simbolicamente como um *apartheid* entre heterossexuais e homossexuais. A fração LGBT norte-americana reagiu ao julgado com ira, demonstrando que o *backlash* nem sempre é uma tentativa de conservar o status quo, que ataca uma decisão transformadora ou subversiva. O caso narrado evidencia que o *backlash* também pode representar exatamente uma tentativa de mudança do *status quo*, reagindo-se contra uma decisão vocacionada à sua manutenção (grifos nossos)

Portanto, não existe uma vinculação necessária entre o *backlash* e uma decisão que assegura o direito das minorias. Trata-se de uma visão simplória do tema. Fonteles (2019, p. 29) conclui:

O importante é desvencilhar-se do senso comum teórico de correlacionar, umbilicalmente, *backlash* como um fenômeno social conservador, o que é um erro palmar. Teoricamente, não há uma relação necessária entre *backlash* conservador e decisões “progressistas”, ainda que isso seja frequente. Para a formação de um *backlash* “progressista”, basta que a decisão guerreada reafirme um tradicional estado de coisas e que as medidas que visam à sua desconstrução sejam adotadas por setores que desejam reformar o *status quo*

Amparando-se das lições de Fonteles (2019a), tem-se que já é possível falar em *backlash* internacional, quando as Cortes domésticas se rebelam contra Cortes Internacionais, ou seja, é um equívoco definir *backlash* como uma reação contrária apenas a decisões judiciais, já que o conceito deve englobar também reações a entidades quase judiciais e não judiciais. O *backlash* não é desencadeado apenas por decisões de Cortes Constitucionais, podendo se figurar contra decisões de juízes singulares e Tribunais de Justiça, não sendo correto supor que ele nasce apenas para contestar decisões de Tribunais colegiados; é possível *backlash* contra medidas do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Sendo assim, é possível o reconhecimento de *backlash* contra decisões de particulares, desde que este faça às vezes do Poder Público (v.g. manifestações de junho de 2013 no Brasil por conta do aumento da tarifa dos transportes públicos em R\$ 0,20 (vinte centavos). Como regra, o *backlash* é

desencadeado contra decisões jurisdicionais, mas é possível que haja uma reação até mesmo em face de atos consultivos e administrativos.

Nota-se que o tema é controverso e demasiadamente amplo, sendo incorreta a afirmação de que o *backlash* seria uma reação conservadora contra decisões jurisdicionais de uma Suprema Corte que reconhece direitos das minorias. Todavia, como é cediço, normalmente o *backlash* surgirá como uma reação a decisões da Suprema Corte. Aponta Fernandes (2020, p. 244) que “reações (ou contra-reações/refluxos) sociais e ‘ondas’ em certo sentido ‘conservadoras’ ou mesmo não conservadoras (progressistas) podem surgir de decisões judiciais proferidas no *judicial review* (na jurisdição constitucional)”.

Em síntese, Fonteles (2019, p. 41) fornece um conceito de *backlash* em sentido amplo e estrito:

Em um sentido amplo, o *backlash* pode ser compreendido como toda reação social vocacionada a hostilizar atos do Poder Público (v.g leis, atos administrativos, atos políticos, decisões judiciais, decisões administrativas etc.) ou de quem lhes faça as vezes, o que inclui até mesmo fenômenos como a Inconfidência Mineira, Conjuração Baiana, Revolta da Vacina e outros movimentos sociais. **Em um sentido estrito**, o *backlash* designa reações sociais (*backlash* nacional) ou estatais (*backlash* internacional), lícitas ou ilícitas, que hostilizam atos e decisões, ainda que não jurisdicionais, do Judiciário (juízes ou Tribunais), Cortes Constitucionais, Tribunais administrativos ou Órgãos Internacionais (v.g Cortes de Direitos Humanos), usualmente conservadoras do *status quo* (grifos adicionados)

Prosseguindo na análise do tema, Novelino (2019, p. 424-425), dissertando sobre a opinião pública perante o Supremo Tribunal Federal, aduz que:

A tentativa de subverter decisões proferidas por uma prestigiada instituição nacional pode provocar a reação pública (*publicbacklash*) contra aqueles que se atreverem a arriscar.

[...]

A importância do apoio público para a preservação do poder institucional tende a inibir a adoção de comportamentos constantemente distantes dos pontos de vista majoritários sobre questões fundamentais. A história tem mostrado que podem ocorrer reações indesejadas quando as decisões judiciais se afastam muito daquilo que a sociedade está disposta a tolerar. Apesar de não haver mecanismos formais para que a sociedade impeça o cumprimento de uma decisão judicial, podem ser criados obstáculos à sua implementação, mesmo quando a posição se restringe apenas a um público local

A legitimidade democrática de um Tribunal Constitucional pode ser fortemente abalada por reações sociais qualificadas. Portanto, é importante que a

Corte não se precipite em decidir desacordos morais que não estão maduros na sociedade. Já Pimentel (2017, p. 199), entende que o Poder Judiciário não pode deixar de decidir de determinada maneira apenas com receio à opinião pública:

O dissenso faz parte dos valores da sociedade e nunca deixará de existir. Desse modo, o receio de uma contraforça às decisões judiciais que interpretam a Constituição não pode sobrepor-se ao dever do Poder Judiciário de garantir direitos de minorias, *a fortiori* porque as instâncias deliberativas do Poder Legislativo não são capazes de fazê-lo

Fonteles (2019, p. 43) diferencia a influência da opinião pública perante Cortes Constitucionais e *backlash* nos seguintes termos:

Indagar se as Cortes devem guiar-se pela opinião pública não é a mesma coisa que perguntar se elas devem evitar um *backlash*. As reflexões são semelhantes, mas há uma distinção importante: **mais do que a mera opinião pública desfavorável, o *backlash* é uma opinião pública qualificada pela revolta social.** É possível, sem perder a coerência, sustentar que juízes não devem nortear-se pela opinião pública, a menos que ela se traduza em uma reação hostil o suficiente para ser considerada. Noutras palavras, no campo das ideias, é conciliável defender que, ordinariamente, juízes não se aventurem na subjetiva tarefa de cognição social, somente devendo sensibilizar-se em caráter extraordinário, quando a voz do povo se fizer ouvir nitidamente por meio de reações que materializam o *backlash*. Da mesma maneira, é possível defender uma corrente radicalmente contrária, pela qual magistrados devem julgar conforme o Direito, e não conforme os reclamos sociais. Estes, embora desconsiderados pelos juízes, não de ser ouvidos e ponderados nas instâncias deliberativas pelos mandatários do povo. Ou seja, nessa visão, o receptor de anseios sociais seria unicamente o Parlamento, não o Judiciário (grifos nossos)

É importante que se enfatize esta distinção: o *backlash* não se confunde com a mera opinião pública desfavorável. Mais do que isso, para que se caracterize o *backlash* deve haver uma revolta social. A doutrina considera que o *backlash* é “o direito difuso à hostilização lícita de decisões do Poder Público” (FONTELES, 2019, p. 64). Em suma, trata-se de um direito.

O caso sempre citado como gerador de *backlash* no Direito norte-americano, trata-se de *Roe v. Wade* (1973). Em apertada síntese do caso, Souto (2019, p. 212-213) discorre:

Na década de 1970, vários Estados norte-americanos, cada um a seu modo, ainda proibiam a prática do aborto, somente admitindo-o em situações excepcionais. O Estado do Texas era um deles. A lei texana que baniu o aborto teve sua constitucionalidade questionada por Jane Roe, uma cidadã norte-americana solteira e grávida que não intencionava prosseguir

com a gravidez, e diante da vedação normativa, resolveu impugná-la judicialmente, argumentando a contrariedade da lei estadual frente à Constituição Federal, que, no seu entender, protegia o seu direito à liberdade (numa compreensão *lata* do termo), aí incluído o direito ao aborto. [...]

A Suprema Corte, num julgamento longo e, de certo modo, tumultuado, entendeu inconstitucional a lei do Texas, assegurando a Roe o direito ao aborto, fundado no *personalautonomie* no *rightofprivacy* (autonomia pessoal e direito à privacidade), tão caros à sociedade norte-americana [...]

Barroso (2020, p. 483), aduz quanto às reações ao caso:

A decisão é celebrada por muitos, em todo o mundo, como a afirmação de uma série de direitos fundamentais da mulher, incluindo sua autonomia, seus direitos sexuais e reprodutivos e a igualdade de gênero. Não obstante isso, a sociedade americana, em grande parte por impulso religioso, continua agudamente dividida entre os grupos pró-escolha e pró-vida. Há autores que afirmam que a decisão da Suprema Corte teria interrompido o debate e a tendência que se delineava a favor do reconhecimento do direito ao aborto, provocando a reação social (*backlash*) dos segmentos derrotados.

Fernandes (2020, p. 245) aponta que, “em *Roe v. Wade* reações conservadoras (institucionais e não institucionais) ocorreram a partir de 1973, sobretudo pelo partido republicano, contra as decisões que permitiram os abortos nos EUA sob determinadas condições (parâmetros)”. No entanto, o *backlash*, neste caso, extrapolou todos os limites. Aponta Fonteles (2019, p. 151-152) sobre as reações extremas:

[...] mesmo anos após o julgado, atentados continuam sendo praticados contra médicos e clínicas de abortamento. Por exemplo, os ataques dirigido ao médico George Tiller, no Kansas (EUA), que por mais de três décadas realizou abortamentos. De início, sua clínica foi bombardeada. No ano de 1993, cerca de vinte anos após o julgamento de *Roe v. Wade*, atiraram nos braços do Dr. Tiller. Em 2009, o médico foi assassinado, gerando uma comoção nacional e um pronunciamento público de Barack Obama. Ao longo desse período, diversas manifestações de repúdio à sua conduta ocorriam na sua residência, na sua Igreja e na sua clínica. Em 1994, no subúrbio de Boston (EUA), duas recepcionistas de uma clínica de aborto foram assassinadas e outras cinco pessoas foram feridas, episódio este classificado pelo presidente Bill Clinton como um “atentado terrorista doméstico”. No mesmo ano, na Flórida (EUA), o ativista Paul Hill assassinou um médico que realizava abortamentos, matando ainda o seu segurança. 17 (dezessete) meses antes desse incidente, um outro médico também havia sido assassinado

Trata-se de um dos casos mais marcantes do constitucionalismo norte-americano e que dividiu toda a sociedade.

Marmelstein (2015, s.p.) sobre a lógica do processo de *backlash*:

O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão

Perceba que o autor sustenta que o *backlash* se daria contra uma decisão do Judiciário que assegurasse direitos fundamentais, ou seja, o *backlash* “conservador”. Todavia, como afirmado alhures, o *backlash* não pode ser analisado de forma simplória e mecânica de vinculação a “decisões asseguradoras de direitos das minorias ->*backlash* conservador”. Nesse sentido, Fernandes (2020, p. 247-248), se posicionando contrariamente à lógica dos termos do *backlash* de Marmelstein, aduz:

Entendemos, porém, que o fenômeno deve ser visto de forma mais ampla. Certo é que ele não deve ser visto apenas como um fenômeno que gera estritamente retrocessos e ondas de conservadorismo, embora elas possam existir. Nesse sentido, o *backlash* pode gerar efeitos indesejados e efeitos desejados, ondas de conservadorismo ou de extremo progresso em termos de direitos fundamentais. Ele deve ser visto como um fenômeno político de reações sociais e contra reações à decisões do Poder Judiciário (ou mesmo dos outros poderes). Ele então é parte constitutiva da democracia e do jogo democrático.

[...]

Também achamos pouco razoável definir de forma simplória o *backlash* como “reações majoritárias contra uma decisão contramajoritária”. Nesses termos, ele pode ser uma reação de grupos majoritários em termos de influência ou de grupos minoritários da sociedade civil. E a decisão judicial (pensando em decisões da jurisdição constitucional) pode ser contramajoritária ou não. Ou seja, como instrumento de mobilização popular (da sociedade civil e de grupos de pressão dos mais diversos) ele se apresenta como um fenômeno muito mais complexo do que essa simples definição

Fonteles (2019, p. 68-71) tece duras críticas à dinâmica evolutiva apresentada por Marmelstein:

[...] no item 1, o itinerário limita-se ao *backlash* conservador, seguramente o mais recorrente. Contudo, nem sempre se desafia uma revolta social por meio de uma “decisão liberal”. Neste trabalho, já restou demonstrado que a doutrina e a própria história fornecem exemplos do que alguns denominam de *backlash* “progressista” (v.g o caso *Bowers v. Hardwick* - 1986), fenômeno que hostiliza decisões conservadoras. Nesse caso, não há assunção de “vanguarda na defesa dos direitos fundamentais”, mas sim uma decisão que reafirma o *status quo*. Esse simples ponto de partida eleito pelo autor compromete e contamina todo o seu raciocínio posterior.

O segundo aspecto a ser criticado é que, no item 2, Marmelstein presume uma relativa indecisão na opinião pública, que não estaria “bem consolidada” e, por isso, mais vulnerável a ser cooptada por “discursos conservadores [...] recheados de falácias”. Pesquisas de opinião revelam, no entanto, que o índice de indecisos ou abstêmios em assuntos como pena de morte, drogas, aborto e redução da maioria penal é quase insignificante: a maioria dos brasileiros segue favorável à proibição do porte de maconha para consumo pessoal, sendo que apenas 1% não se posicionou e 2% não opinaram; a maior parcela dos brasileiros adultos segue favorável à criminalização do aborto, enquanto uma parcela de 7% absteve-se de opinar; a maior parte dos brasileiros declarou ser favorável à pena de morte, tema considerado indiferente para 1% e sobre o qual 3% não emitiram opinião; a maioria dos brasileiros adultos é favorável à redução da maioria penal de 18 (dezoito) para 16 (dezesesseis) anos, sendo que 2% não opinaram.

Bem se vê, dados empíricos comprovam que, certo ou errado, o povo sabe o que quer. Boa ou má, as pessoas têm uma opinião sobre o mundo que as circunda. E mais: essa opinião pode manter-se estável por décadas. [...]

[...]

Não se deve subestimar a capacidade do povo de posicionar-se sobre assuntos controversos. A deficiência de julgamento e a precária valoração de mundo, portanto, até podem ser presumidas para crianças, mas não é a regra para pessoas adultas, instruídas ou não.

[...]

Realmente, o *backlash* costuma nascer de decisões que solucionam desacordos morais, portanto, de temas que dividem o sentimento social. Porém, essa divisão costuma ser desigual, sendo bastante frequente que exista uma opinião pública predominante, ainda que nem sempre seja tarefa simples decifrá-la. É exatamente dessa fração social incomodada pela decisão que, em geral, a reação política se origina. A visão de Marmelstein parece contagiada por um **paternalismo jurídico, enxergando o povo brasileiro como portador de uma opinião frágil, portador de uma “consciência social” que “não está bem consolidada”, por conseguinte, facilmente manipulável pelo sofismo de conservadores falaciosos.** Talvez, a **cosmovisão dos brasileiros não seja tão influenciável assim.**

A crítica tecida ao item 2 se estende ao item 3. Por vezes, não há qualquer mudança na opinião pública causada pelo *backlash* (item 3). Não raro, a decisão hostilizada já é, *ab initio*, proferida de encontro à opinião pública dominante (e não ao encontro dela). Desse modo, é justamente por contrariar o sentimento social que as decisões são hostilizadas, não porque contrariaram interesses de conservadores que, persuadindo uma sociedade indecisa, conseguem capturar um rebanho de eleitores para suas agendas políticas.

[...]

Por fim, no item 7, **as valorações “retrocesso” e “pior” não traduzem um problema científico, mas sim um problema de valor.** [...] É impossível testar empiricamente a correção ou incorreção desses enunciados, porque não afirmam e nem implicam relações entre variáveis. Não há como afirmar ou infirmar que uma dada “situação normativa” traduz um “retrocesso jurídico” se comparada à situação anterior ao julgado. No campo moral, é possível arriscar esses palpites, mas é difícil fazê-lo na ciência. [...]

Por fim, também não é correto associar umbilicalmente conservadorismo e retrocesso, na medida em que é possível conservar um dado progresso alcançado e, por meio dessa conservação, impedir que se retroceda. Por um conseqüência lógica, combater o retrocesso não deixa de ser uma postura conservadora, porque tendente à manutenção do status outrora considerado como avanço (grifos nossos)

O autor demonstra a visão simplória da definição do *backlash* e de sua dinâmica evolutiva que permeia as academias brasileiras. Já foi demonstrado, mais de uma vez, que o *backlash* não é necessariamente “conversador” contra uma decisão “progressista”. Às vezes, o contrário ocorre. O autor também demonstra que existem temas, nos quais o índice de pessoas indecisas beira a insignificância, ou seja, certo ou errado, a maioria dos brasileiros tem uma opinião formada a respeito de temas sensíveis como aborto, pena de morte e descriminalização da maconha para uso pessoal. Por fim, nem sempre haverá um retrocesso jurídico que seja capaz de criar uma situação normativa precária. Como aludido, isso é relativo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem mencionado o *backlash* em algumas ocasiões. Na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29, o relator, Min. Luiz Fux, assim argumentou em seu voto:

A verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos ROBERT POST e REVA SIEGEL [...] identificam como *backlash*, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades.

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. **No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular.** POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exurgem do contexto social quanto às suas decisões.

Se a Suprema Corte é o último *player* nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. HÄBERLE), é certo que tem o privilégio de,

observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão.

Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema “ficha limpa”, sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da Lei Complementar nº 135/10 – interpretações essas que ora se adotam. (grifos não constam do original)(STF, ADC 29, Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012)

A questão debatida sobre a (in) constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa”, segundo entendeu o Ministro, não poderia o Supremo Tribunal Federal renunciar à sua condição de instância contramajoritária, mas também não poderia descuidar que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, que depende de sua responsabilidade perante à opinião popular. De todo modo, sustentou que o Tribunal não poderia desconsiderar a existência de uma desconformidade entre a jurisprudência da Corte à época e a opinião popular.

Conforme lições de Fonteles (2019, p. 74), têm-se a listagem 10 (dez) sintomas recorrentes de ocorrência de *backlash* de forma ascendente em uma escala de impacto:

- críticas jornalísticas ou de personalidades, contumazes, mordazes e tecidas em veículos de mídia diversificados (v.g *Roe v. Wade*, *Kruzifix-Urteil*, descriminalização da maconha na Georgia);
- manifestações sociais: protestos, greves, passeatas, comícios, procissões, desfiles etc.(v.g *Kruzifix-Urteil*, *Roe v. Wade*);
- instrumentalização da decisão na plataforma eleitoral, podendo haver um giro copérnico no resultado de processos eleitorais, ou a perda repentina de mandatos exercidos por políticos tradicionalmente estabilizados na carreira política (v.g *Brown v. Board of Education*, *Goodridge v. Department of Public Health*, *Miranda v. Arizona*);
- reações legislativas (v.g *Kelo v. New London*, *Furman v. Georgia*, *Miranda v. Arizona*);
- atos de desobediência civil;
- insubordinação de autoridades e agentes do Poder Público (v.g *Kruzifix-Urteil*);
- desconfiguração do perfil das Cortes Constitucionais, a exemplo da indicação de autoridades com uma visão distinta da composição majoritária (*Roe v. Wade*);
- *impeachment* para a destituição de Ministros das Cortes (em se tratando de juízos singulares; exemplifica-se com o recall para a remoção de juízes – v.g crime sexual no campus da Universidade de Stanford, na Califórnia – EUA);
- ataques à instituição propriamente dita, como atos arbitrários de *courtpacking*, corte no orçamento dos Tribunais etc.;
- atentados terroristas (*Roe v. Wade*), revoltas armadas e guerra civil (*Dred Scott v. Sandford*)

O fenômeno do *backlash*, portanto, pode ser verificado em casos envolvendo críticas jornalísticas a atentados terroristas. Vale à pena particularizar uma das formas: reações legislativas. É bem provável que ocorra reações do parlamento em um contexto *backlash*, mas uma coisa não implica na outra.

Nos moldes do art. 102, §2º da Constituição da República:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

Segundo o texto constitucional, o Poder Legislativo não está vinculado à decisão do Supremo Tribunal Federal em sua função típica de legislar. Ocorresse o contrário, vale dizer, ficasse vinculado o Poder Legislativo em sua função legiferante, a decisão proferida pela Alta Corte colocaria um “ponto final” no tema e, mesmo com o passar dos anos, a mudança da sociedade, o modo como se interpreta a Constituição e a alteração dos Ministros da Corte Suprema, não haveria possibilidade de se legislar novamente sobre o tema. Em suma, ocorreria a “fossilização da Constituição”.

Fonteles (2019, p. 83) aponta outro argumento, além da fossilização da Constituição, para que o Poder Legislativo não fique vinculado à decisão em sua função típica de legislar:

Embora o fundamento comumente apontado seja evitar a fossilização da Constituição, é possível indicar uma outra boa razão, pelo menos, no Brasil. Segundo o artigo 49, V, CF/88. “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” [...]. Como se vê, a Carta Magna muniu o Legislativo de uma importante ferramenta para combater a usurpação advinda do Executivo, mas não previu explicitamente um mecanismo que protegesse o Legislativo da intromissão do Judiciário. Isso porque, à época, o STF de Moreira Alves revelava uma profunda deferência pela separação dos Poderes. Logo, é crucial franquear ao Legislativo a oportunidade da voz e da vez, para tentar alterar, por meio de reações legislativas, a interpretação constitucional efetuada pelo STF. No Direito Comparado, encontramos mecanismos jurídicos que podem amenizar essa indesejada hipertrofia do Judiciário. Dentre eles, a Constituição do Canadá previu a *notwithstanding clause* (cláusula não obstante), pela qual o Legislativo poderia aplicar determinada norma, não obstante tal diploma estivesse em desarmonia com a Constituição (Seção

33, Carta de Direitos Canadenses de 1982). Em Israel, possibilita-se ao Parlamento (*Knesset*), desde que por um consenso maior (maioria absoluta), editar uma lei que contrarie a *BasicLaw*. Ambas são formas de combater o ativismo judicial, tão caro a um país que se pretende governado pelo povo e para o povo. No Brasil, não acolhemos a cláusula *notwithstanding*. Sendo assim, mais do que nunca, repita-se: afigura-se imprescindível franquear ao Legislativo a oportunidade da voz e da vez, para que tenha a chance de se fazer ouvir, por meio de reações legislativas, acerca do acerto ou desacerto da interpretação constitucional efetuada pelo STF

O Supremo Tribunal Federal em mais de uma oportunidade já se manifestou sobre o tema. Veja a ementa da Reclamação 13.019:

EMENTA: RECLAMAÇÃO – PRETENDIDA SUBMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO AO EFEITO VINCULANTE QUE RESULTA DO JULGAMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DOS PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE – INADMISSIBILIDADE – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE O LEGISLADOR EDITAR LEI DE CONTEÚDO IDÊNTICO AO DE OUTRO DIPLOMA LEGISLATIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, PELA SUPREMA CORTE – INVIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO, NESSE CONTEXTO, DO INSTRUMENTO PROCESSUAL DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSOS E AÇÕES JUDICIAIS EM GERAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O efeito vinculante e a eficácia contra todos (“erga omnes”), que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF. Doutrina. Precedentes. Inadequação, em tal contexto, da utilização do instrumento processual da reclamação (grifos nossos)(STF, Rcl 13019 AgR, Rel. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2014)

É o caso, igualmente, da Reclamação 2.617, conforme decidiu o Pretório Excelso:

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei estadual. Tributo. Taxa de segurança pública. Uso potencial do serviço de extinção de incêndio. Atividade que só pode sustentada pelos impostos. Liminar concedida pelo STF. Edição de lei posterior, de outro Estado, com idêntico conteúdo normativo. Ofensa à autoridade da decisão do STF. Não caracterização. Função legislativa que não é alcançada pela eficácia erga omnes, nem pelo efeito vinculante da decisão cautelar na ação direta. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo regimental improvido. Inteligência do art. 102, § 2º, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal nº 9.868/99. A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo

federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão. (grifos nossos)(STF, Rcl 2617 AgR, Rel. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2005)

Convém ressaltar as palavras de Novelino (2020, p. 241) sobre a questão:

A decisão também não vincula o Poder Legislativo em sua função típica de legislar, razão pela qual, em tese, poderá ser elaborada nova lei com conteúdo idêntico ao de ato já declarado inconstitucional. Entendimento diverso comprometeria a relação de equilíbrio existente entre os poderes e reduziria o legislador a um papel subalterno

O Supremo Tribunal Federal tem efetuado uma distinção quanto às hipóteses de reação legislativa efetuadas por lei ordinária, complementar e emenda constitucional. Na hipótese de reação legislativa por meio de lei ordinária ou complementar, o diploma legal já nasce com presunção de inconstitucionalidade. Altera-se a lógica do sistema. Nas hipóteses de reação legislativa por meio de emenda constitucional, altera-se o próprio parâmetro, de modo que a Corte só poderá analisar se a emenda violou as cláusulas pétreas previstas no art. 60, §4º da Constituição da República de 1988.

A esse respeito, confira-se:

EMENTA: [...]

1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções *juriscêntricas* no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes.
2. O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República.
3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), **de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória**, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, **sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional**.

4. Os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, *ex vi* do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República.

5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (*i.e.*, promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (*i.e.*, edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal.

5.1. A emenda constitucional corretiva da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual a sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CRFB/88 (*i.e.*, limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais.

5.2. A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis *in your face*) **nasce com presunção *iristantum* de inconstitucionalidade**, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas

6. O dever de fundamentação das decisões judicial, inserto no art. 93 IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal enfrente novamente a questão de fundo anteriormente equacionada sempre que o legislador lançar mão de novos fundamentos.[...] (grifos nossos) (STF, ADI 5105, Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015).

No caso de reação legislativa por norma infraconstitucional, vislumbra-se o único caso em que o diploma nascerá com presunção de inconstitucionalidade, já que a regra é a presunção de constitucionalidade.

Em síntese conclusiva, percebe-se que quando os desacordos morais sensíveis são resolvidos por meios democráticos, isto é, pelo Parlamento ou pela própria população por meio de participação direta, a questão é bem menos propensa ao efeito *backlash*, diferentemente das decisões destas questões pelo Poder Judiciário. São essas as considerações de Fonteles (2019a, p. 115-120):

[...] a partir de uma observação empírica e de um raciocínio indutivo, a realidade demonstra que, quando os desacordos morais são solucionados por meio de mecanismos democráticos, participativos (*v.g.* plebiscito e referendo) ou representativos (leis elaboradas no Parlamento), essas divergências são assimiladas com mais facilidade (ou com menos dificuldade) pela comunidade social.

[...]

Em um raciocínio indutivo, as controvérsias enfrentadas com ferramentas democráticas parecem mais bem assimiladas pela sociedade. Isso ficará ainda mais nítido quando, comparativamente, a análise recair sobre

desacordos morais dissolvidos em um outro *locus*, qual seja, a arena judicial. Nela, as consequências são bem diferentes, não apenas porque não há participação popular. Em geral, a medida consegue ser ainda mais controversa porque costuma desautorizar uma decisão popular anterior. Em um Estado de Direito, nasce um sentimento de vilipêndio à lei, que é causado exatamente por parte de quem deveria observá-la

Por fim, conclui-se que o *backlash* não é, necessariamente, algo ruim. A sociedade, quando em uma reação social qualificada em face de atos ou decisões do Poder Público, participa do debate e lança seus próprios argumentos. Toda reação social deve ser levada em consideração, pois demonstra o desacerto da medida para uma parcela da população que quer ver seus interesses atendidos quando da decisão.

6 CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade é instrumento fundamental em um ordenamento jurídico que exija respeito à sua Constituição. Com ele, visa-se garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais frente à possíveis violações. Pressupõe uma Constituição dotada de supralegalidade, ou seja, aquela que exerce uma supremacia em relação ao todo o ordenamento jurídico, sendo, nesses termos, formal e rígida. Com isso, para que a Constituição não se torne “mera folha de papel”, é necessário haver mecanismos de defesa do seu conteúdo, bem como a existência de sanções, caso seja constatada a inadequação da lei ou do ato normativo com relação a ela. Não houvesse sanção, não haveria obrigatoriedade do cumprimento de seu texto, uma vez que haveria tão somente a explicitação da inadequação do dispositivo posto em confronto. Portanto, a declaração de invalidade da lei ou do ato normativo contrário à Constituição é o que reforça a obrigatoriedade de seu texto.

De se ressaltar, ainda, a atividade legiferante feroz presente nos dias atuais, na qual muitos são os textos de lei impugnados perante o Supremo Tribunal Federal, ante a violação da Constituição por seus conteúdos, realçando o seu papel de guardião da Constituição.

Desta feita, deve haver parâmetros rígidos de análise, bem como o respeito a precedentes, sob pena de convivermos com uma inaceitável insegurança jurídica e privilegiar-se o subjetivismo do julgador, de modo a constatarmos decisões distintas em casos análogos.

A proporcionalidade tem desempenhado papel relevante neste contexto, de modo a servir de premissa para análise de atos do Poder Público que restrinjam determinado direito fundamental, a pretexto de fomentar outro. Nesse diapasão, necessário que sejam seguidas as regras de sua aplicação, referente à análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de modo a evitar decisionismos e subjetivismos. Busca-se evitar, portanto, o que rotineiramente ocorre, quando, diante do mesmo caso concreto, Ministros chegam a conclusões diferentes, ambas sob o pálio da proporcionalidade. Não se deve invocá-la tão somente como retórica argumentativa, como por vezes ocorre. Uma análise racional é bem-vinda, extraída da legitimidade argumentativa criada para o caso concreto. Ademais, merece recordação o fato de que a proporcionalidade é

composta por duas vertentes: proibição do excesso e proibição de proteção insuficiente. De fato, na maioria dos casos tem-se utilizado a vertente da proibição do excesso, ficando a vedação à proteção insuficiente de direitos fundamentais relegada, principalmente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É juridicamente desejável que se analise um ato do Poder Público também quanto à sua insuficiência, principalmente quando estamos tratando de direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal foi agraciado pela ordem constitucional vigente, com o papel contramajoritário, isto é, se reclama sua atuação quando atos e normas dos Poderes Públicos violarem frontalmente a Constituição. Não estão em seu rol de funções, pois, competências representativas e iluministas. O ativismo judicial é prejudicial a um Estado de Direito, pois não se pode ter um Tribunal Constitucional que decida conforme as ideologias de seus Ministros. Nestes casos, o efeito *backlash* é quase inevitável. Por via de consequência, é possível concluir, como demonstrado, que o *backlash*, em uma democracia, é um direito difuso da sociedade em contrariar, através de meios lícitos, atos e decisões do Poder Público. Não deve ser encarado, pelo menos atualmente, como algo ruim ou que mereça ser hostilizado, mas sim como uma inclusão no debate daqueles que se veem atingidos pela medida, afinal, todos que “vivem” a Constituição também deveriam ser seus legítimos intérpretes.

Por fim, conclui-se que o controle de constitucionalidade é um dos mais importantes instrumentos postos a favor da longevidade de uma Constituição, que se faz respeitar, por meio da extirpação do ordenamento jurídico, de qualquer lei ou ato normativo que a contrarie. Para se cumprir de forma adequada seu papel de guardião da Carta da República, é necessário que tenhamos um Supremo Tribunal Federal firme, que respeite seus próprios precedentes, mantenha coerência em suas decisões, se distancie do subjetivismo e que não compreenda que o princípio (regra, postulado ou máxima) da proporcionalidade é a chave para a resolução de quase todos os problemas, sem uma fundamentação subjacente que legitime sua conclusão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPIO, Fernando Eduardo. **O ativismo judicial na visão de Ronald Dworkin**. Revista Publium, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/37953/27120>. Acesso em: 14 out. 2020, p. 37-53.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

BADARÓ, Gustavo. Legalidade Penal e a Homofobia Subsumida ao Crime de Racismo: um Truque de Ilusionista. Ao julgador cabe interpretar a lei, mas não a reescrever. In: Jota, **Opinião & Análise**. 24.05.2019. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019. Acesso em: 16 out. 2020.

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, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm#art361. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 11.464 de 28 de março de 2007. **Dá nova redação ao art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm#art1. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 jan. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. Lei 8.072 de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 907. **Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei estadual. Obrigatoriedade de prestação do serviço de empacotamento em supermercados.** Rel. Alexandre De Moraes, Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2017. Publicado em 24/11/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur378051/false>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.407 MC. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 1996 - COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS PARA ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - VEDAÇÃO ESTABELECIDADA PELA LEI N. 9.100/95 (ART. 6º) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA (CF, ART. 17, § 1º) E DE VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS DO PLURIPARTIDARISMO E DO REGIME DEMOCRÁTICO - AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. PARTIDO POLÍTICO - AÇÃO DIRETA - LEGITIMIDADE ATIVA - INEXIGIBILIDADE DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA.** Rel. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/1996. Publicado em 24/11/2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur102386/false>. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.667. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI DISTRITAL QUE DISPÕE SOBRE A EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO CURSO E QUE AUTORIZA O FORNECIMENTO DE HISTÓRICO ESCOLAR PARA ALUNOS DA TERCEIRA SÉRIE DO ENSINO MÉDIO QUE COMPROVAREM APROVAÇÃO EM VESTIBULAR PARA INGRESSO EM CURSO DE NÍVEL SUPERIOR - LEI DISTRITAL QUE USURPA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA OUTORGADA À UNIÃO FEDERAL PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DAS LACUNAS PREENCHÍVEIS - NORMA DESTITUÍDA DO NECESSÁRIO COEFICIENTE DE RAZOABILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - ATIVIDADE LEGISLATIVA EXERCIDA COM DESVIO DE PODER - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR COM EFICÁCIA "EX TUNC". A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, QUANDO PRATICADA POR QUALQUER DAS PESSOAS ESTATAIS, QUALIFICA-SE COMO ATO DE TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL.** Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2002. Publicado em 12/03/2004 Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97403/false>. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.105. **DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. DIREITO DE ANTENA E DE ACESSO AOS RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO ÀS NOVAS AGREMIÇÕES PARTIDÁRIAS CRIADAS APÓS A REALIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES. REVERSÃO LEGISLATIVA À EXEGESE**

ESPECÍFICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADIs 4490 E 4795, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 47, § 2º, II, DA LEI DAS ELEIÇÕES, A FIM DE SALVAGUARDAR AOS PARTIDOS NOVOS, CRIADOS APÓS A REALIZAÇÃO DO PLEITO PARA A CÂMARA DOS DEPUTADOS, O DIREITO DE ACESSO PROPORCIONAL AOS DOIS TERÇOS DO TEMPO DESTINADO À PROPAGANDA ELEITORAL GRATUITA NO RÁDIO E NA TELEVISÃO. LEI Nº 12.875/2013. TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS. ARRANJO CONSTITUCIONAL PÁTRIO CONFERIU AO STF A ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA (VIÉS FORMAL) ACERCA DAS CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE SUPREMACIA JUDICIAL EM SENTIDO MATERIAL. JUSTIFICATIVAS DESCRITIVAS E NORMATIVAS. PRECEDENTES DA CORTE CHANCELANDO REVERSÕES JURISPRUDENCIAIS (ANÁLISE DESCRITIVA). AUSÊNCIA DE INSTITUIÇÃO QUE DETENHA O MONOPÓLIO DO SENTIDO E DO ALCANCE DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA PELO CONSTITUINTE REFORMADOR OU PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE AS INSTÂNCIAS POLÍTICAS AUTOCORRIGIREM-SE. NECESSIDADE DE A CORTE ENFRENTAR A DISCUSSÃO JURÍDICA SUB JUDICE À LUZ DE NOVOS FUNDAMENTOS. PLURALISMO DOS INTÉRPRETES DA LEI FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL FORA DAS CORTES. ESTÍMULO À ADOÇÃO DE POSTURAS RESPONSÁVEIS PELOS LEGISLADORES. STANDARDS DE ATUAÇÃO DA CORTE. EMENDAS CONSTITUCIONAIS DESAFIADORAS DA JURISPRUDÊNCIA RECLAMAM MAIOR DEFERÊNCIA POR PARTE DO TRIBUNAL, PODENDO SER INVALIDADAS SOMENTE NAS HIPÓTESES DE ULTRAJE AOS LIMITES INSCULPIDOS NO ART. 60, CRFB/88. LEIS ORDINÁRIAS QUE COLIDAM FRONTALMENTE COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE (LEIS IN YOUR FACE) NASCEM PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE INCONSTITUCIONALIDADE, NOTADAMENTE QUANDO A DECISÃO ANCORAR-SE EM CLÁUSULAS SUPERCONSTITUCIONAIS (CLÁUSULAS PÉTREAS). ESCRUTÍNIO MAIS RIGOROSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ÔNUS IMPOSTO AO LEGISLADOR PARA DEMONSTRAR A NECESSIDADE DE CORREÇÃO DO PRECEDENTE OU QUE OS PRESSUPOSTOS FÁTICOS E AXIOLÓGICOS QUE LASTREARAM O POSICIONAMENTO NÃO MAIS SUBSISTEM (HIPÓTESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA LEGISLATIVA). Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.136. Ação direta de inconstitucionalidade. §1º do art. 28 da Lei n. 12.663/2012 (“Lei Geral da Copa”). Violação da liberdade de expressão. Inexistência. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Juízo de ponderação do legislador para limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e atentar contra a segurança dos participantes de evento de grande porte. Medida cautelar indeferida. Ação julgada improcedente. MC, Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2014. Publicado em 30/10/2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282430/false>. Acesso em: 1 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.031. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REQUERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. ART. 8º DA LEI N. 10.209/2001. PAGAMENTO ANTECIPADO DE VALE-PEDÁGIO NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS. INDENIZAÇÃO AO TRANSPORTADOR, EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PELO CONTRATANTE, EM VALOR VINCULADO AO FRETE CONTRATADO. ALEGADA OFENSA AO ART. 1º E AO INC. LIV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. LIMITES DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PARÂMETRO CONSTITUCIONAL DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE ABUSO LEGISLATIVO. PRECEDENTES. INDENIZAÇÃO LEGAL QUE NÃO SE DEMONSTRA DESARRAZOADA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.** Rel. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2020. Publicado em 16/04/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422157/false>. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO26. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII)** Rel. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019. Publicado em 06/10/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1263236 AgR. **AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AMBIENTAL. DANO AMBIENTAL. DEMOLIÇÃO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.** Rel. Cármen Lúcia, 2ª Turma, julgado em 16/09/2020. Publicado em 21/09/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432081/false>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 76.060. **DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende - de resto, apenas para obter prova de reforço - submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio**

da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria. Rel. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julgado em 31/03/1998.

Publicado em 15/05/1998. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur112207/false>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.959. PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 -

INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006. Publicado em 01/09/2006. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7931/false>. Acesso em: 13 out 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A) TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. Rel. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 06/03/2012. Publicado em 27/03/2012. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur206595/false>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 111.840. Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. Rel. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012.

Publicado em 17/12/2013. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur251910/false>. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 123.734. **PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO TENTADO. RÉU PRIMÁRIO. QUALIFICAÇÃO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E ESCALADA. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade. 3. Caso em que a maioria formada no Plenário entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, nem abrandar a pena, já fixada em regime inicial aberto e substituída por restritiva de direitos. 4. Ordem denegada.** Rel. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015. Publicado em 02/02/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336929/false>. Acesso em: 1 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 127.130. **PENA – EXECUÇÃO – REGIME DE CUMPRIMENTO. Não se tratando de réu reincidente, ficando a pena no patamar de quatro anos e sendo as circunstâncias judiciais positivas, cumpre observar o regime aberto – artigo 33 do Código Penal. HABEAS CORPUS – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – JUSTIÇA VERSUS ILEGALIDADE. De regra, a pena é fixada sob o ângulo do justo ou do injusto, descabendo cogitar de ilegalidade. Surgindo das premissas da decisão proferida o atendimento ao princípio da razoabilidade, considerada a espécie proporcionalidade, mostra-se improcedente a impetração.** Rel. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 29/03/2016. Publicado em 01/08/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur353071/false>. Acesso em: 1 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 127.573. **Habeas corpus. 2. Posse de 1 (um grama) de maconha. 3. Condenação à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado. 4. Pedido de absolvição. Atipicidade material. 5. Violação aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e insignificância. 6. Parecer da Procuradoria-Geral da República pela concessão da ordem. 7. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade material.** Rel. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 11/11/2019. Publicado em 25/11/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur415411/false>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 258**. Brasília, 25 de fevereiro a 1º de março de 2002. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo258.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 529**. Brasília, 17 a 21 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo529.htm>. Acesso em 18 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 944**. Brasília, 10 a 14 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo944.htm#Homofobia%20e%20omiss%C3%A3o%20legislativa%20%E2%80%93%204>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 980**. Brasília, 1 a 5 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo980.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 3590. **TIPO PENAL – DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO – ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 – ALCANCE. O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual**. Rel. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 12/08/2014. Publicado em 12/09/2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur276320/false>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa com a expressão “proporcionalidade”**. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=proporcionalidade&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 2.617 AgR. **INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei estadual. Tributo. Taxa de segurança pública. Uso potencial do serviço de extinção de incêndio. Atividade que só pode sustentada pelos impostos. Liminar concedida pelo STF. Edição de lei posterior, de outro Estado, com idêntico conteúdo normativo. Ofensa à autoridade da decisão do STF. Não caracterização. Função legislativa que não é alcançada pela eficácia erga omnes, nem pelo efeito vinculante da decisão cautelar na ação direta. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo regimental improvido. Inteligência do art. 102, § 2º, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal nº 9.868/99. A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o**

legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão. Rel. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2005. Publicado em 20/05/2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94986/false>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 13.019 AgR. **RECLAMAÇÃO – PRETENDIDA SUBMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO AO EFEITO VINCULANTE QUE RESULTA DO JULGAMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DOS PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE – INADMISSIBILIDADE – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE O LEGISLADOR EDITAR LEI DE CONTEÚDO IDÊNTICO AO DE OUTRO DIPLOMA LEGISLATIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, PELA SUPREMA CORTE – INVIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO, NESSE CONTEXTO, DO INSTRUMENTO PROCESSUAL DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSOS E AÇÕES JUDICIAIS EM GERAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.** Rel. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2014. Publicado em 12/03/2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur257107/false>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Min. Cármen Lúcia. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. ADI 4815.** Rel. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015. Publicado em 01/02/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336558/false>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Min. Cármen Lúcia. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REQUERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. ART. 8º DA LEI N. 10.209/2001. PAGAMENTO ANTECIPADO DE VALE-PEDÁGIO NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS. INDENIZAÇÃO AO TRANSPORTADOR, EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PELO CONTRATANTE, EM VALOR VINCULADO AO FRETE**

CONTRATADO. ALEGADA OFENSA AO ART. 1º E AO INC. LIV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. LIMITES DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PARÂMETRO CONSTITUCIONAL DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE ABUSO LEGISLATIVO. PRECEDENTES. INDENIZAÇÃO LEGAL QUE NÃO SE DEMONSTRA DESARRAZOADA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE ADI 6031, Rel. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752467725>. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Min. Celso de Mello. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) ADO 26. Rel. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Min. Cezar Peluso. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializam Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente. ADI 855. Rel. Octavio Gallotti, Relator(a) p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008. Publicado em 27/03/2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87893/false>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Min. Gilmar Mendes. HABEAS CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTISEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITIVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGENCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA .HC 82.424. Rel. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Min. Gilmar Mendes. **PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTUPRO. POSTERIOR CONVIVÊNCIA ENTRE AUTOR E VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ARTIGO 107, VII, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO. ABSOLUTA INCAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO. RE 418376.** Rel. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Min. Luís Roberto Barroso. **DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MODELO NORMATIVO VIGENTE DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS. LEI DAS ELEIÇÕES, ARTS. 23, §1º, INCISOS I e II, 24 e 81, CAPUT e § 1º. LEI ORGÂNICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS, ARTS. 31, 38, INCISO III, e 39, CAPUT e §5º. CRITÉRIOS DE DOAÇÕES PARA PESSOAS JURÍDICAS E NATURAIS E PARA O USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. PRELIMINARES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. PEDIDOS DE DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO (ITENS E.1.e E.2). SENTENÇA DE PERFIL ADITIVO (ITEM E.5). TÉCNICA DE DECISÃO AMPLAMENTE UTILIZADA POR CORTES CONSTITUCIONAIS. ATUAÇÃO NORMATIVA SUBSIDIÁRIA E EXCEPCIONAL DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, SOMENTE SE LEGITIMANDO EM CASO DE INERTIA DELIBERANDI DO CONGRESSO NACIONAL PARA REGULAR A MATÉRIA APÓS O TRANSCURSO DE PRAZO RAZOÁVEL (IN CASU, DE DEZOITO MESES). INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPROCEDÊNCIA. PRETENSÕES QUE VEICULAM ULTRAJE À LEI FUNDAMENTAL POR AÇÃO, E NÃO POR OMISSÃO. MÉRITO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE ADI E DE ADI POR OMISSÃO EM UMA ÚNICA DEMANDA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. VIABILIDADE PROCESSUAL. PREMISSAS TEÓRICAS. POSTURA PARTICULARISTA E EXPANSIVA DA SUPREMA CORTE NA SALVAGUARDA DOS PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICOS. SENSIBILIDADE DA MATÉRIA, AFETA QUE É AO PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL. AUTOINTERESSE DOS AGENTES POLÍTICOS. AUSÊNCIA DE MODELO CONSTITUCIONAL CERRADO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS. CONSTITUIÇÃO-MOLDURA. NORMAS FUNDAMENTAIS LIMITADORAS DA DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA. PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE NÃO ENCERRA O DEBATE CONSTITUCIONAL EM SENTIDO AMPLO. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS. ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA. MÉRITO. DOAÇÃO POR PESSOAS JURÍDICAS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO (2% DO FATURAMENTO BRUTO DO ANO ANTERIOR À ELEIÇÃO). VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CAPTURA DO PROCESSO POLÍTICO PELO PODER ECONÔMICO. “PLUTOCRATIZAÇÃO” DO PRÉLIO ELEITORAL. LIMITES DE DOAÇÃO POR NATURAIS E USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. COMPATIBILIDADE MATERIAL COM OS CÂNONES DEMOCRÁTICO, REPUBLICANO E DA IGUALDADE POLÍTICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE ADI**

4650. Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015. Publicado em 24/02/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339864/false>. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Min. Luís Roberto Barroso. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII). ADO 26.** Rel. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 13 out 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Min. Luís Roberto Barroso. **DIREITO CONSTITUCIONAL ELEITORAL. CANCELAMENTO DE TÍTULO DECORRENTE DA SUA NÃO APRESENTAÇÃO AO PROCEDIMENTO DE REVISÃO ELEITORAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E AO DIREITO DE VOTO. INOCORRÊNCIA . ADPF 541.** Rel. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749828733>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Min. Luiz Fux. **AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. ADC 29.** Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Min. Luiz Fux. **TRABALHO – OFÍCIO OU PROFISSÃO – EXERCÍCIO. Consoante disposto no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.** **BACHARÉIS EM DIREITO – QUALIFICAÇÃO.** Alcança-se a qualificação de bacharel em Direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau. **ADVOGADO – EXERCÍCIO PROFISSIONAL – EXAME DE ORDEM. O Exame de Ordem, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei nº 4.215/63 e hoje no artigo 84 da Lei nº 8.906/94, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostrase consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei.**

Considerações. RE 603.583. Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Min. Marco Aurélio. **HABEAS CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTISEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITIVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGENCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. HC 82.424.** Rel. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Min. Roberto Barroso. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS , TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII).** **ADO 26.** Rel. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Min. Roberto Barroso. **TIPO PENAL – DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO – ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 – ALCANCE. O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual. Inq 3590.** Rel. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 12/08/2014. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>. Acesso em: 16 out. 2020.

CAPPELLETI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** 2. ed., trad. Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A Lei nº 7.716/89 pode ser aplicada para punir as condutas homofóbicas e transfóbicas**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ae581798565c3b1c587905bff731b86a>. Acesso em: 16 out. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A MP 954/2020 exorbitou dos limites traçados pela Constituição ao autorizar a disponibilização dos dados pessoais de todos os consumidores dos serviços STFC e SMP, pelos respectivos operadores, ao IBGE**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1d0832c4969f6a4cc8e8a8fffe083efb>. Acesso em: 05 out. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão. 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 16 out. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. Parte geral: arts. 1º a 120. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. 5 ed. rev, ampl. e atual. Salvador: Ed JusPodivm, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019a.

FONTELES, Samuel Sales. **Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019b.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica Constitucional**. 3 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

FONTELES, Samuel Sales. Tutela coletiva e direitos fundamentais: uma hermenêutica de equilíbrio. *In*: VITORELLI, Edilson (org.). **Manual de direitos difusos**. 2. ed. rev, atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019c, p. 19-163.

GLOBOPLAY. Conversa com Bial. **Pedro Bial questiona Cármen Lúcia sobre possível aposentadoria do ministro Celso de Mello**. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/5842190/>. Acesso em 15 out. 2020.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, v. 1. 21. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2019.

HAEBERLIN, Martín. **Revisitando a proporcionalidade**: da análise dos seus possíveis usos à crítica de seu abuso no direito brasileiro. Revista da AJURIS, v. 45, n. 145. Porto Alegre: 2018, p. 165-199.

HEINEN, Juliano. **Curso de direito administrativo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale dela costituzione. *In*: **La giustizia costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1981,. p. 139-206.

LIMA, Rafael Bellem de. **Proporcionalidade no Supremo**: uma ideia fora do lugar. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 1, p. 184-206, jan./abr. 2020.

MACIEL, Lucas Pires. **Controle de constitucionalidade nas matérias tributárias**: repercussões da modulação dos efeitos. Curitiba: Juruá, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil, v. 1. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: Reações Políticas à Atuação Judicial. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicaoconstitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em: 18 out. 2020.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 7. Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**. 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. 6. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro: curso completo**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NOVELINO, Marcelo. **A influência de Fatores Extrajurídicos nas Decisões do STF**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública. *In*: FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira. **A Constituição da República segundo Ministros, Juizes Auxiliares e Assessores do STF**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 407-436.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. **Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva**. Revista de informação legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189. Acesso em: 17 out. 2020.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHOLLER, Heinrich. **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha**. Traduzido e adaptado por Ingo Wolfgang Sarlet. Revista Interesse Público, Porto Alegre: Notadez, n. 2, ano 1, abr./jun. 1999, p. 93-107.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, v. 798, ano 91, 2002.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

TAVARES NETO, Cleber de Oliveira. O inquérito do apocalipse: da pós verdade à barbárie. *In*: PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes (org.). **Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro**. 1 ed. Londrina: Editora E.D.A. Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, p. 107-137.

TORRANO, Bruno. **Supremo Tribunal Federal não pode ter papel iluminista no Estado**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-31/bruno-torrano-supremo-tribunal-federal-nao-papel-iluminista#author>. Acesso em: 13 out. 2020.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.