

Proporcionalidade e Ativismo Judicial no Controle de Constitucionalidade

Proportionality and Judicial Activism in Judicial Review

Lucas Costa Gonçalves¹

Resumo

Em uma discussão sobre o ativismo judicial no controle de constitucionalidade, a partir da identificação da configuração do mecanismo constitucional de controle e da postura que o Supremo Tribunal Federal assume enquanto Corte Constitucional, procede-se a uma análise dos fatores de impulsão do ativismo judicial no constitucionalismo brasileiro e de um episódio de ativismo judicial na jurisprudência do STF. Posteriormente, propõe-se a utilização da máxima da proporcionalidade como estrutura argumentativa com o potencial de reduzir o ativismo judicial, fundamentando a sua aplicação na própria lógica de concretização dos direitos fundamentais, bem como analisando as críticas e alternativas à sua aplicação e demonstrando, a partir de pesquisa jurisprudencial, como se dá a sua utilização no Supremo Tribunal Federal. Assim, conclui-se pela máxima da proporcionalidade como instrumento que confere maior legitimidade às decisões do STF, pelos critérios argumentativos que fornece para a solução de colisões principiológicas.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Controle de constitucionalidade. Máxima da proporcionalidade.

Abstract

In a discussion about judicial activism in judicial review, starting from the identification of the posture the Brazilian Supreme Court takes on as a Constitutional Court, one proceeds with an analysis of the factors that promote judicial activism in the Brazilian constitutionalism and of an episode of judicial activism in the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court. Posteriorly, one proposes the use of the proportionality maxim as an argumentative structure with the potential to reduce judicial activism, grounding its application in the very logic of concretion of fundamental rights, analysing the critics and the alternatives to its application and demonstrating, through a jurisprudential research, how it is used by the Brazilian Supreme Court. Therefore, one concludes for the proportionality maxim as an instrument that gives greater legitimacy to the decisions of the Brazilian Supreme Court, because of the argumentative criteria it provides to the solution of principiological collisions.

Key-words: Judicial activism. Constitutionality control. Proportionality maxim.



¹ Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), atualmente cursando o oitavo período. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7505110758280056>. O presente artigo é resultado de pesquisa acadêmica realizada ao longo do ano de 2014, no projeto “Direitos Fundamentais: Tema vértice do debate jurídico contemporâneo”, sob a orientação da professora Cláudia Toledo e financiamento da FAPEMIG.

1 - Introdução

O presente trabalho se insere na temática do ativismo judicial e, mais especificamente, da discussão sobre a atividade jurisdicional constitucional por meio do controle de constitucionalidade. A importância da discussão se mostra quando levamos em conta a influência da atividade jurisdicional constitucional, sobretudo por meio do controle de constitucionalidade, na interpretação e na efetivação dos direitos fundamentais, que, no ideal constitucionalista, funcionam como limites à liberdade democrática e, ao mesmo tempo, como direitos cuja efetivação é necessária para a construção de uma sociedade democrática. Sendo atividade de enorme importância, o controle de constitucionalidade deve ser exercido mediante parâmetros objetivos e racionais, no maior grau possível, de modo que se garanta a correta fundamentação das decisões sobre direitos fundamentais.

Nesse sentido, tem-se aqui o objetivo de proceder a um exame do controle de constitucionalidade no direito brasileiro sob a ótica do ativismo judicial, de modo a identificar qual a função que a Corte possui ao exercer tal controle e qual a postura que ela assume nesse exercício. A hipótese com a qual se trabalha é a de que a atividade jurisdicional constitucional por meio do controle de constitucionalidade tem se mostrado ativista em alguns casos e não possui uma estrutura argumentativa objetiva o suficiente para lidar com questões de direitos fundamentais. Desse modo, propõe-se, ao final do trabalho, a utilização da máxima da proporcionalidade como meio de redução do ativismo judicial, na medida em que fornece uma estrutura argumentativa objetiva que possibilita a adoção de critérios adequados para uma correta solução das colisões principiológicas. Isso se demonstra ainda mais relevante quando consideramos a sua aplicação no regime jurídico-constitucional brasileiro, marcado por uma ampla gama de direitos fundamentais e um forte sistema de proteção jurídica aos mesmos, características que ensejam uma amplitude de possibilidades de colisão entre esses direitos.

Este artigo divide-se em três partes. A primeira parte é relativa à explicitação dos pressupostos teóricos e conceituais com os quais se trabalhará; na segunda, serão expostos a estrutura do controle de constitucionalidade no direito brasileiro e os fatores de impulsionamento do ativismo judicial no Brasil, bem como se procederá à análise de um episódio de ativismo judicial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na terceira parte se fundamentará a aplicação da máxima da proporcionalidade no controle de constitucionalidade, refutando as críticas e alternativas à sua aplicação e demonstrando, a partir de pesquisa jurisprudencial, como se dá sua aplicação no Supremo Tribunal Federal. Para a argumentação a favor da

hipótese levantada, levar-se-á em conta os argumentos trazidos por uma pesquisa bibliográfica. Por fim, conclui-se pela necessária aplicação da máxima da proporcionalidade no controle de constitucionalidade, gerando esta, se corretamente aplicada, um incremento na legitimidade das decisões do STF.

2 - Constitucionalização do direito, pós-positivismo e ativismo judicial

O referencial teórico aqui adotado insere-se no contexto de penetração dos valores constitucionais para dentro do sistema jurídico, com o crescente reconhecimento da normatividade e do elevado nível axiológico dos preceitos constitucionais (SAMPAIO, 2013). Assim, tem-se um movimento de expansão da jurisdição constitucional, com a consolidação do controle de constitucionalidade e dos Tribunais Constitucionais, o que amplia o âmbito de atuação da jurisdição constitucional, e, conseqüentemente, a possibilidade de existência do ativismo judicial. O fenômeno do ativismo judicial é aqui entendido como prática negativa, referente ao exercício da atividade jurisdicional fora dos limites impostos pelo ordenamento, podendo esse exercício passar da competência de solução de litígios e conflitos normativos e chegar a usurpar competências legislativas ou administrativas. Entende-se, assim, que o ativismo será percebido de modo diferente conforme a consideração de ordenamentos jurídicos distintos, que podem atribuir diferentes funções ao Poder Judiciário (RAMOS, 2010).

Com isso, fica claro que o ativismo judicial se configura como uma ofensa ao princípio da separação dos Poderes, elemento essencial do Estado Constitucional. Nessa estrutura, quando se indaga sobre qual seria a função constitucionalmente designada ao Judiciário, tem-se na jurisdição o papel de concretização das normas de direito substancial, que pode se dar na solução de litígios ou na solução de conflitos normativos. Desse modo, não havendo competências extravagantes, via de regra, o Judiciário se mostraria ativista quando exorbitasse a sua função de interpretação e aplicação das normas ou quando o fizesse de modo a usurpar, em tais atividades, competências de outros Poderes. Nesse sentido, no que tange especificamente à jurisdição constitucional, o ativismo pode se dar, por exemplo, pela deformação na interpretação de norma constitucional ou norma infraconstitucional que está sendo objeto de controle.

Tendo em vista o contexto atual de afirmação dos preceitos constitucionais, no âmbito da jurisdição constitucional o controle de constitucionalidade passa a levar em conta o caráter principiológico das normas constitucionais para a verificação da constitucionalidade das

normas infraconstitucionais, o que amplia a necessidade de uma argumentação racional por parte da Corte Constitucional. Desse modo, é importante explicitar aqui a distinção traçada pelo não-positivismo de Robert Alexy (2011) entre normas com o caráter de regra e normas com o caráter de princípio. É possível notar uma diferença qualitativa entre regras e princípios. Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas (determinadas pelas características do caso concreto) e jurídicas (determinadas pelas regras e princípios colidentes). Assim, sua aplicação se dá segundo uma lógica gradual de efetivação, ou seja, os princípios podem ser efetivados em maior ou menor grau. Por outro lado, regras são normas aplicáveis segundo uma lógica de “tudo ou nada”, ou seja, ou são aplicadas ou são afastadas. Dessa maneira, pode-se falar que as regras constituem mandamentos definitivos, enquanto que os princípios constituem mandamentos de otimização.

Portanto, no presente trabalho, entende-se o Direito a partir de um contexto de ganho de força normativa das normas constitucionais e de afirmação de um referencial pós-positivista, que compreende ser o Direito campo científico distinto da Moral, mas permeado por esta. Sendo estruturado por normas do tipo princípio, que exigem uma estrutura de proporcionalidade para a solução de suas colisões, o sistema jurídico dá uma abertura para o sistema moral, vez que a ponderação dos princípios permite que aspectos de moralidade sejam inseridos no sistema jurídico. Sendo assim, resta que a conexão entre Direito e Moral faz-se necessária.

Considera-se aqui o discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral. O discurso jurídico ocorre dentro dos limites do discurso prático geral, baseando-se na preocupação com questões práticas que são discutidas com a exigência de correção. Essa exigência, contudo, não recai sobre a racionalidade absoluta da afirmação normativa (como ocorre no discurso prático geral), mas apenas sobre a justificação racional da afirmação normativa tendo em vista os parâmetros de validade da ordem jurídica. (ALEXY, 2001). Assim, as discussões jurídicas são realizadas de acordo com condições limitadoras do próprio discurso jurídico, ao qual se aplicam as regras do discurso prático racional e as suas regras próprias, que impõem a necessidade de que a argumentação jurídica observe à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática jurídica.

Pelo exposto, tem-se um afastamento do referencial positivista, que, segundo o pensamento de Kelsen (2012), impunha a necessidade de negação do sincretismo metodológico entre o Direito e outras ciências, sendo, portanto, excessivamente formalista por desconsiderar a influência da Moral no campo jurídico. O positivismo demonstra-se

insuficiente para lidar com a solução de conflitos normativos de uma forma justa, na medida em que afirma um critério de justiça meramente formal, sendo determinada norma plenamente válida e eficaz meramente pela sua pertinência a determinada ordem jurídica.

Explicitados os pressupostos teóricos utilizados no presente trabalho, pode-se agora proceder ao desenvolvimento da argumentação a favor da hipótese levantada.

3 - A estrutura do controle de constitucionalidade e o ativismo judicial

O controle de constitucionalidade se expressa em um conjunto de procedimentos por meio dos quais se afere a constitucionalidade de ato normativo infraconstitucional. No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade caracteriza-se como um sistema jurisdicional de controle marcado pela inércia, fundamentação técnico-jurídica das decisões e definitividade das mesmas, que não podem ser modificadas por outro Poder (MENDES, 2013).

Um sistema de controle de constitucionalidade deve prever, em sua estrutura, uma consequência para o vício de inconstitucionalidade identificado em determinada norma, ou seja, prever a nulidade ou a anulabilidade de norma declarada inconstitucional. A Constituição Federal de 1988 não realizou tal previsão, deixando a cargo da doutrina e da jurisprudência, portanto, a construção do critério a ser adotado. Assim, entende o Supremo Tribunal Federal (STF) existir uma opção, como princípio, pela nulidade da norma inconstitucional, havendo, portanto, a possibilidade de se fazer uma ponderação com o princípio da segurança jurídica.

Os procedimentos de controle podem se dar de modo incidental ou principal, sendo tal classificação de formas processuais referente ao momento processual em que se encontra a questão da constitucionalidade da norma. Portanto, o tema constitucional pode se apresentar de duas maneiras: como questão principal (mérito da causa) ou como questão antecedente à consideração do mérito, ou seja, incidental. No controle incidental, a inconstitucionalidade da lei só pode ser declarada para a resolução do mérito, dada a sua relação instrumental com este. Já nas ações de caráter principal, o mérito é a declaração sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei, baseada em algum pedido.

No direito brasileiro, o artigo nº 102 da Constituição prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de ações de controle abstrato, concentrado e por via principal, a saber, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tais ações se caracterizam por um procedimento de controle concentrado, abstrato e por via principal, se

desenvolvendo como processos de natureza objetiva, ou seja, processos regidos pela não contraditoriedade, inquisitorialidade e por um princípio de oficialidade. Nelas, tutelam-se não interesses subjetivos de partes (que sequer existem no processo), mas a ordem constitucional, de modo a impedir violações normativas à Constituição. A Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade têm como objeto as emendas constitucionais, o direito constitucional dos estados, as leis federais, as medidas provisórias, os decretos legislativos, os decretos do chefe do Executivo quando este promulga tratados internacionais, os atos normativos federais (atos editados pelo Poder Judiciário, nos regimentos internos dos tribunais), e, no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade, adiciona-se a possibilidade de controle de direito estadual.

Além disso, cabe ao STF o controle de constitucionalidade difuso em sede de recurso extraordinário, quando a decisão expedida nas instâncias inferiores for contrária a dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de ato normativo federal, declarar a validade de ato normativo de governo local contestado em face da Constituição ou julgar válida lei local contestada com base em lei federal (BELCHIOR, 2009).

Como se pode notar, por meio de tais mecanismos de controle, o STF se configura tanto como Corte Constitucional como Corte recursal de última instância, na presença de matéria constitucional. O parâmetro de controle utilizado, tanto no controle concentrado quanto no controle difuso, são as normas constitucionais vigentes, não cabendo, portanto, consideração de violação de normas antigas, constituições estrangeiras, preâmbulo da Constituição ou direito suprapositivo.

Observando essa estrutura de controle, pode-se perceber que o STF assume uma postura de guardião da Constituição, na medida em que o exercício do controle de constitucionalidade pressupõe um processo objetivo cuja finalidade é a defesa das normas constitucionais, notadamente daquelas que são relativas a direitos fundamentais. Ademais, nota-se a sua função de dar a “última palavra” na interpretação constitucional, pressupondo-se, com isso, um pequeno grau de falibilidade do Judiciário para o exercício de tal função e a ausência de um diálogo interinstitucional para a construção da interpretação constitucional, o que acaba por prejudicar, de certo modo, a sua legitimidade (MENDES, 2011).

Dada a estrutura apresentada e o papel que a corte exerce na mesma, pode-se questionar sobre os fatores que fariam com o que o Judiciário buscasse ir além de suas competências, em um exercício ativista de suas funções. Nesse sentido, como afirma Elival da Silva Ramos (2010), tem-se que o modelo de Estado brasileiro consagrado desde a Constituição de 1934, a ineficácia do aparato estatal brasileiro para a efetivação de direitos, a

expansão do controle abstrato de normas e a atividade normativa atípica do STF na edição de súmulas vinculantes se constituem como fortes fatores de impulsão do ativismo judicial, como será exposto adiante.

Com a Constituição de 1934, iniciou-se a construção de um ideal de *welfarestate* que permaneceu na Constituição de 1988, com a previsão de um amplo rol de direitos fundamentais, mecanismos de intervenção estatal na economia e ambiciosos objetivos previstos no art. 3º da Constituição. Tal modelo estatal não é, por si, fator de impulsão do ativismo, mas, tendo em vista a incapacidade dos outros Poderes na promoção de políticas públicas eficazes na efetivação de direitos, recaem sobre o Judiciário as expectativas sociais de concretização daquilo que é delineado pela Constituição, o que faz com que, por vezes, ele vá além de sua função de controle sobre a atividade dos demais Poderes, ignorando limites objetivos estabelecidos pelo ordenamento.

A ineficiência do aparato governamental na promoção dos objetivos delineados pelo constituinte de 1988 é evidente, e agravada pelo regime de presidencialismo de coalizão brasileiro, associado ao pluripartidarismo atomístico presente no Brasil. Tal estrutura dificulta a formação de maiorias parlamentares estáveis, ensejando negociações acerca das votações que levam o Executivo a ser cauteloso em suas propostas. Portanto, uma reforma que melhorasse a estrutura política brasileira seria extremamente bem-vinda, na medida em que fosse efetiva na tarefa de melhorar o desempenho deliberativo e a formação de maiorias parlamentares, no sentido da concretização de direitos fundamentais (RAMOS, 2010).

Ademais, vive-se um fenômeno de ampliação do âmbito de atuação estatal, que ocorre desde a formação do Estado moderno, de matriz liberal-individualista. Como Paolo Grossi (2003) nos explica, com o surgimento da figura do príncipe soberano tem-se um novo sujeito político cujo poder, motivos e finalidades encontram justificção em si mesmo. Desse modo, surge um modelo de Estado que substitui a postura de indiferença acerca de zonas jurídicas não regulamentadas pelo direito por uma postura invasiva, que implica um processo cada vez maior de produção do direito positivado. Esse modelo se desenvolve até hoje, normatizando cada vez mais áreas onde antes vigorava a autonomia privada.

Desse modo, a dilatação do campo de ação estatal, associada a um crescente processo de complexização da sociedade, faz com que se tenha uma produção legislativa cada vez maior, com a redução do tempo de vigência da lei positivada, tendo em vista, inclusive, a alta dinamicidade das transformações sociais. Nesse contexto, o Poder Judiciário é chamado a intervir em âmbitos cada vez maiores de assuntos, ocorrendo, portanto, a intensificação do

controle jurisdicional de constitucionalidade, em uma forma de o Judiciário tentar exercer um controle mais intenso sobre a produção dos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesse sentido, no direito brasileiro, o controle de constitucionalidade ganha grande força na sua configuração na Constituição de 1988, com a ampliação do rol de legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103, *caput*, CF), o alargamento do objeto de tal ação, passando a abranger a omissão legislativa (art. 103, § 2º, CF), a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei Federal nº 9.982/99) e a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (Emenda Constitucional nº 3/93, com alterações pela Emenda Constitucional nº 45/04).

A razão para a ampliação do controle de constitucionalidade conduzir a uma possível ampliação do ativismo judicial é a proximidade desse controle com a atividade legislativa, uma vez que a decisão judicial sobre a validade da lei em sede de controle de constitucionalidade tem eficácia *erga omnes* e fixa um sentido interpretativo para a norma controlada, no que fica claro o seu impacto sobre a atividade legislativa. Desse modo, como pensa Elival da Silva Ramos (2010), quanto menos nítida a distinção entre a atividade legislativa e a atividade de controle promovida pela Corte, maior será o grau de ativismo judicial.

Ainda em relação à ampliação da competência da jurisdição constitucional, tem-se que a utilização da competência normativa de edição de súmulas vinculantes, embora não se confunda com a atividade legislativa limitadamente autorizada pela Constituição ao STF (em assuntos relacionados à sua organização interna), pode provocar certa tensão em relação ao princípio da separação dos Poderes, por se assemelhar demasiadamente à atividade legislativa, também podendo se constituir, desse modo, como fator de impulsão do ativismo judicial. A previsão de tal competência se deu com a Emenda Constitucional 45, de 2004, que prevê, no *caput* do art. 103-A que:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
(BRASIL, 2004)

Com o texto do artigo, percebe-se que a criação de súmula vinculante está vinculada a dois pressupostos, a saber, i) o voto favorável de dois terços dos membros e ii) a existência de decisões reiteradas sobre determinada matéria constitucional. Ressalta-se aqui a enorme

imprecisão do segundo pressuposto elencado, ao utilizar a expressão “reiteradas decisões”. Tal critério não fixa um número de decisões, abrindo margem para que o STF edite súmulas vinculantes após pouquíssimas decisões sobre determinada matéria.

Tem-se ainda outro requisito veiculado pelo parágrafo primeiro do mesmo artigo:

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

(BRASIL, 2004)

Tal requisito se expressa na existência de controvérsia atual entre órgãos do Judiciário ou entre um desses e a Administração, sobre a interpretação de determinada norma. Nesse sentido, a orientação dada pelo STF através da súmula vinculante pode compreender a constitucionalidade de ato normativo, a interpretação de ato normativo em face da Constituição, a interpretação de dispositivo constitucional, a vigência de lei ou ato normativo diante da Constituição ou a eficácia de dispositivo constitucional.

Assim, considera-se que a súmula vinculante se aproxima demasiadamente da atividade legislativa, ofendendo o princípio da inércia da jurisdição (tendo em vista a liberdade de edição da mesma, conferida ao STF), engessando a interpretação constitucional e impulsionando o ativismo judicial (RAMOS, 2010). Ainda que não gozem de *status* legal, as súmulas vinculantes vinculam a Administração Pública e as decisões do Poder Judiciário, sendo, portanto, altamente eficazes na imposição de determinada interpretação normativa.

Deve-se questionar, inclusive, até que ponto a uniformização de jurisprudência representa um ganho e até que ponto ela não seria instrumento de violação da liberdade criativa do juiz de primeira instância. Nesse sentido, olhando para tal instituto sob a égide da noção de campo jurídico de Bourdieu (1989), pode-se notar que a edição da súmula vinculante se demonstra como um instrumento de exercício de poder de nomeação dentro do campo jurídico, contribuindo para a manutenção de um senso interpretativo comum dentro do campo, ditado pelas instâncias hierarquicamente superiores do Poder Judiciário, no caso, pelo STF.

Além desses fatores, Elival da Silva Ramos (2010) elenca a matriz pós-positivista, em si, como outro fator de impulsão do ativismo judicial. Deve-se discordar de Ramos neste ponto, pois, como colocado anteriormente, considera-se tal referencial mais adequado à compreensão do direito que o positivismo. É ilusório acreditar que a objetividade do direito

positivado dê conta de resolver todas as questões de direito que se põem em uma ordem jurídica.

Isso fica evidente na solução dos “casos difíceis”², vez que, enquanto o positivismo fecha os olhos para a incidência de argumentos morais na sua solução, o pós-positivismo se preocupa com o estabelecimento de critérios argumentativos para o controle de juízos de valor dentro da decisão judicial, bem como com o estabelecimento de uma forma para a solução de colisões principiológicas, qual seja, a máxima da proporcionalidade.

Assim, antes de ensejar o subjetivismo no processo decisório, o pós-positivismo propõe que a visão ingênua do direito como sistema completo e fechado seja superada, e que se possam, assim, solucionar questões de direito mediante uma argumentação racional, que leve em conta todo o direito na formulação de uma resposta para o caso concreto e se desenvolva com parâmetros argumentativos para o controle dos elementos de ordem moral inseridos na argumentação jurídica.

Abordada a estrutura do controle de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro e os fatores que impulsionam o exercício ativista desse controle, proceder-se-á agora ao exame de um episódio de ativismo judicial na jurisprudência do STF, a saber, a criação da perda de mandato pela desfiliação partidária (RAMOS, 2010). Não se faz aqui uma valoração negativa ou positiva da perda de mandato por desfiliação partidária, discussão que foge às pretensões aqui traçadas, mas tem-se como objetivo esclarecer, no caso em questão, a postura ativista do STF.

O Tribunal Superior Eleitoral, na Consulta nº 1,398/DF, feita pelo Partido da Frente Liberal, afirmou que as vagas obtidas pelo sistema eleitoral seriam direito dos partidos políticos, quando houver cancelamento de filiação de determinado candidato ou a sua transferência para outra legenda. Assim, segundo essa visão, o desligamento voluntário de um candidato do partido pelo qual originalmente concorreu às eleições ensejaria, por via de regra, a perda do mandato eletivo por parte daquele candidato. O fundamento normativo utilizado para que se chegasse a tal conclusão foi o princípio da representação proporcional, conjuntamente com a norma presente no art. 14, § 3º, inc. V, da Constituição, que estabelece a filiação partidária como uma das condições de elegibilidade.

² Os “casos difíceis” são entendidos aqui como casos em que não há uma solução previamente definida pelo legislador, de modo que o intérprete não possui, no momento, parâmetros pré-estabelecidos para a solução da questão.

Com tal manifestação, três partidos requereram a convocação de suplentes para deputados que teriam se desfilado, tendo concorrido por tais partidos nas eleições de 2006. Havendo decisão que indeferiu tal pretensão, os partidos formularam, perante o STF, os mandados de segurança n° 26.602/DF, n° 26.603/DF e n° 26.604/DF. O STF, revendo sua própria orientação no sentido da permanência no mandato apesar da desvinculação do partido, dada no mandado de segurança n° 20.927/DF, aderiu à visão do Supremo Tribunal Eleitoral, utilizando-se do mesmo fundamento normativo para sustentar a sua decisão.

Ao analisar os mandados de segurança, o STF negou provimento aos de n° 26.602/DF e n° 26.603/DF, por se tratar, nos casos, de parlamentares que se desligaram dos partidos antes da data limite, qual seja, 27 de março de 2007, e concedeu parcialmente a ordem no mandado de segurança n° 26.604/DF, de modo que o presidente da Câmara dos Deputados remetesse ao Tribunal Superior Eleitoral o pedido de declaração de vacância do mandato eletivo, para que o Tribunal decidisse sobre a questão.

Considera-se aqui que a solução dada não foi correta para o caso em questão. Não havendo manifestação legislativa no sentido da perda de mandato pela desfiliação partidária, dever-se-ia entender que a ausência de previsão da movimentação partidária no rol de situações que ensejam a perda de mandato apontava para a admissibilidade constitucional da permanência de candidatos eleitos nos seus mandados, ainda que com a desfiliação do partido pelo qual concorreram originariamente às eleições.

Desse modo, tem-se aqui um episódio de claro ativismo judicial, pois o STF impôs normatização que ultrapassa a sua competência e o fez extraíndo interpretação normativa não comportada pelo princípio da representação proporcional, que afirma somente a necessidade de se observar a proporção entre o número de mandados eletivos e a votação obtida pelos partidos. Tal princípio pode ser densificado em normas mais específicas, como a norma criada pela Corte, contudo, isto é competência do legislador ordinário. Assim, a atuação do STF neste caso viola a legitimidade legislativa para a interpretação constitucional, no que fica clara a assunção da postura de guardião da Constituição e a intenção de dar a “última palavra” na interpretação constitucional.

4 - A máxima da proporcionalidade como estrutura argumentativa redutora do ativismo judicial

A máxima da proporcionalidade surge dentro de uma lógica de otimização da efetivação das normas principiológicas, como critério para a solução de colisões

principiológicas, de modo que se considere a medida do cumprimento de cada princípio em determinado caso concreto. Tais colisões se demonstram frequentes na sociedade complexa e plural de hoje em dia, com a posituação de diferentes valores no texto constitucional, muitas vezes colidentes, e, sobretudo, quando consideramos o grande número de direitos fundamentais positivados constitucionalmente e o seu caráter aberto, que faz com que diferentes condutas possam ser incluídas no âmbito de proteção de determinado direito.

Nesse sentido, a máxima da proporcionalidade encontra seu fundamento na própria estrutura das normas principiológicas, tendo em vista as suas submáximas de adequação e necessidade, para a consideração da otimização de acordo com as possibilidades fáticas, e a submáxima da ponderação, para a consideração da otimização segundo as possibilidades jurídicas. Na submáxima da adequação, analisa-se se a medida pretendida é adequada para a persecução do objetivo que se relaciona com a concretização do princípio. Na submáxima da necessidade, analisa-se se a medida em questão é a mais efetiva para a persecução do objetivo, se ela é necessária para tal, em uma lógica comparativa com outras possíveis medidas a serem eventualmente adotadas. Finalmente, na submáxima da ponderação, considera-se especificamente o peso de direitos colidentes, de modo que se verifique (i) qual o grau de interferência em determinado princípio, (ii) qual a importância da satisfação do princípio colidente e (iii) se a interferência na satisfação do primeiro princípio é justificada pela importância da satisfação do segundo princípio (TOLEDO, 2013). Com isso, podemos ver claramente os critérios formais que são fornecidos para a solução da colisão principiológica.

Ressalte-se, ainda, que as submáximas devem ser aplicadas na ordem em que foram elencadas, tendo em vista que cada uma pressupõe a validade da anterior para a sua aplicação. Ademais, é importante considerar que a máxima da proporcionalidade pressupõe a persecução de finalidade legítima, questão que, portanto, deve ser abordada de modo anterior à sua aplicação.

Tendo em vista a estrutura da proporcionalidade, pode-se representar a relação de precedência entre princípios do seguinte modo: $(P^1 \mathbf{P} P^2) C$, sendo P^1 e P^2 os princípios colidentes, \mathbf{P} a relação de precedência, e C as condições fáticas presentes no caso concreto. Ademais, se adentrarmos especificamente na estrutura da ponderação, pode-se fazer a seguinte representação lógica: $W_{1,2} = \frac{I_1 \cdot W_1 \cdot R_1}{I_2 \cdot W_2 \cdot R_2}$, onde I significa “*interference*”, representando a interferência na efetivação do princípio, no caso concreto; W significa “*weight*”,

representando o peso atribuído a cada princípio em colisão; e R significa “*reliability*”, referindo-se à certeza relativa às condições do caso concreto (COMIN, 2013).

Dada tal estrutura, por se constituir como uma forma de solução de colisões principiológicas, a máxima da proporcionalidade encontra fundamento inclusive no contexto normativo de efetivação e proteção dos direitos fundamentais. Sua aparição pode ser considerada como uma garantia especial, expressa na necessidade de adequação, necessidade e justa medida das intervenções estatais, tendo como objetivo a máxima realização dos direitos fundamentais em colisão (BARROS, 2000).

É importante ressaltar ainda que, apesar de ser usualmente tratada pela doutrina com o nome de princípio da proporcionalidade, a proporcionalidade, em verdade, possui natureza de máxima, tendo em vista que fornece uma estrutura formal que incidirá sobre normas do tipo princípio, em uma tentativa de compatibilizá-las. A proporcionalidade, ressalte-se, é formal, no sentido de que estabelece critérios mediante os quais se resolverá a colisão principiológica, não havendo um resultado definido antes de sua aplicação.

Portanto, sendo a máxima da proporcionalidade instrumento de aplicação das normas principiológicas, notadamente as de direitos fundamentais, e tendo a justificação de sua aplicabilidade justamente no modo de aplicação desses direitos quando em colisão, deve ser necessariamente considerada no momento de um controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, tendo em vista a necessidade de obediência, por parte de tais normas, aos ditames dos direitos fundamentais.

Como as normas de direitos fundamentais, caracterizadas por uma natureza principiológica, servem de parâmetro para a consideração da constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais, o controle de constitucionalidade lidará necessariamente com uma dimensão principiológica quando da consideração dos enunciados normativos colidentes, se verificada inconstitucionalidade de determinado ato normativo infraconstitucional. Assim, através da utilização da máxima da proporcionalidade, podem-se solucionar possíveis colisões entre direitos não reguladas pelo ordenamento, de modo que se chegue à compatibilização de princípios colidentes.

No que tange ao controle das leis restritivas de direitos, por exemplo, é evidente a aplicação da máxima da proporcionalidade tendo em vista o objetivo de garantia dos direitos fundamentais, pois nesse caso se analisará o direito fundamental que a lei em questão pretende proteger contraposto ao direito fundamental que ela afeta, de modo que se verifique se a restrição imposta realmente justifica uma realização em menor medida do direito afetado

e de modo que se compatibilizem os direitos colidentes, em uma tentativa de realizá-los na maior medida possível.

Ao fornecer uma estrutura argumentativa, a máxima da proporcionalidade contribui para a clareza argumentativa e transparência das decisões, pois, com a sua correta aplicação, pode-se verificar clara e precisamente quais os argumentos utilizados para a consideração da adequação e necessidade das medidas trazidas pelas normas, bem como os critérios e os pesos utilizados na eventual ponderação de valores a ser realizada.

Quando, por outro lado, nos voltamos às oposições à proporcionalidade, observamos que há críticas à máxima por essa não levar a uma resposta certa, definida de modo absolutamente objetivo, de modo afirma-se que a sua aplicação, portanto, daria margem à insegurança jurídica, a subjetivismos e a arbitrariedades, escondidos sobre uma falsa aparência de racionalidade. Segundo tais críticas, haveria uma relativização dos direitos tão grande que se chegaria a uma flexibilização das autorizações para a restrição de direitos fundamentais, o que promoveria uma nivelação dos valores constitucionais.

Nesse ponto, devemos considerar que a máxima da proporcionalidade, por definição, não leva e não pode levar a uma única solução certa e objetiva em todos os casos, tendo em vista ser estrutura formal, isenta de conteúdo, como afirmado anteriormente. A proporcionalidade não pressupõe *a priori* uma solução pré-fabricada, mas se demonstra instrumento para a solução de colisões principiológicas, através das submáximas da adequação, necessidade e ponderação. Assim, a sua aplicação, sobretudo no que tange à etapa da ponderação, pressupõe a formação de uma argumentação racional para a fundamentação das premissas apresentadas e atribuição de peso aos princípios colidentes (PEIXOTO, 2009). Todas as restrições a direitos devem ser, portanto, justificadas racionalmente.

Desse modo, em relação à crítica relacionada à nivelação dos direitos fundamentais, temos que, com a controlabilidade dos juízos de valor, possibilitada pela verificação da existência ou não de uma argumentação racional, não há porque temer essa suposta nivelação, até porque a solução só se dará tendo em vista as particularidades de um caso concreto, não sendo extensível a outros casos. Ademais, se, em vez do que foi proposto, consideramos que os princípios constitucionais em colisão não podem ser relativizados em nenhuma medida, entramos em uma contradição, pois em sua colisão, segundo essa lógica, não há como aplicar absolutamente um dos princípios sem invalidar absolutamente a aplicação do outro.

Deve ficar claro ainda que a aplicação da máxima da proporcionalidade no controle de constitucionalidade não se configura como invasão de competência do legislador, tendo em vista que a vinculação do Legislativo aos preceitos constitucionais, sobretudo no que tange

aos direitos fundamentais, faz com que a edição normativa encontre barreiras no estabelecimento dos fins a serem perseguidos e das medidas a serem adotadas para a concretização desses fins (BARROS, 2000).

A máxima da proporcionalidade deve ser considerada no contexto de efetivação dos direitos fundamentais, de modo que os critérios trazidos por ela se demonstram úteis justamente para a detecção de intervenções indevidas em direitos positivados constitucionalmente. Algum subjetivismo sempre existirá na sua aplicação, tendo em vista que todo o discurso jurídico é permeado por valores, inafastáveis na aplicação do direito. Contudo, o que a máxima da proporcionalidade pretende é minorar a arbitrariedade, ao fornecer uma estrutura sistematizada e racional para a solução de conflitos principiológicos.

Analisadas as críticas à máxima da proporcionalidade, podemos nos perguntar ainda se não haveria métodos alternativos para a solução de conflitos principiológicos, que pudessem trazer critérios melhores do que os fornecidos pela proporcionalidade. Nesse sentido, elenca-se aqui a hierarquização de direitos e a alternativa dos limites imanentes (BARCELLOS, 2005).

Segundo a primeira alternativa, os conflitos principiológicos poderiam ser solucionados conforme se estabelecesse uma hierarquia, dentro das disposições constitucionais, entre os princípios, com base em sua importância axiológica. Contudo, essa alternativa se demonstra totalmente inconsistente, tendo em vista que, apesar de ser possível escalonar as disposições constitucionais de acordo com sua importância axiológica, elas se encontram em um mesmo nível hierárquico formal, o constitucional. A alternativa também se torna impossível tendo em vista o axioma da unidade da Constituição, a ausência de um fundamento axiológico com base no qual se possa estabelecer a hierarquia proposta e a ausência de um critério para lidar com diferentes manifestações de um mesmo princípio.

Ainda que se possa observar, no caso concreto, uma maior frequência de prevalência de determinados princípios em detrimento de outros e ligar essas observações a uma supremacia axiológica do princípio preponderante, devemos considerar que é somente mediante a consideração de todas as especificidades do caso concreto que podemos afirmar qual princípio deve ser preterido. Se isso é feito em abstrato, afasta-se de modo absoluto a possibilidade de que o outro princípio venha a prevalecer, ainda que haja razão para isso, e assim estabelece-se uma hierarquia entre os dois princípios, o que não é possível, tendo em vista as razões acima explicitadas.

Uma segunda possibilidade seria a teoria dos limites imanentes dos direitos. Tal ideia sustenta que os direitos possuem limites imanentes à sua própria estrutura, sendo

determináveis abstratamente. Assim, determinado o âmbito de incidência de um direito, não haveria a possibilidade de violação do mesmo. Contudo, devemos considerar que a teoria dos limites imanentes não fornece critério para a delimitação dos limites aos direitos. Se houver consenso em relação aos limites de um direito, não haverá porque discutir a questão, entretanto, se há diferentes posições sobre a abrangência do âmbito de proteção de um direito, não haveria como decidir qual concepção acerca dos limites imanentes do direito em questão deve prevalecer, pois não há critério.

Com isso, pode-se fazer uma crítica que se adequa às duas alternativas aqui apresentadas. Como afirma Ana Paula de Barcellos (2005), quando se encobre a existência da ponderação, retira-se do intérprete o ônus argumentativo de argumentar no sentido da atribuição de peso aos princípios colidentes. Além disso, não se analisam as razões de fato e de direito que levam à solução da colisão principiológica no caso concreto, tendo em vista as submáximas da adequação e necessidade. Afastando-se a aplicação da proporcionalidade, ao invés de combater a arbitrariedade e a injustiça, dá-se mais espaço a elas.

Analisadas as críticas à aplicação da máxima da proporcionalidade e as alternativas a ela, procederemos agora a uma análise de alguns julgados do STF que mencionam ou utilizam a proporcionalidade na fundamentação das decisões. Os acórdãos a seguir foram obtidos por meio de pesquisa jurisprudencial no sítio do STF, utilizando-se as expressões “ADI e proporcionalidade”, “ADC e proporcionalidade” e “ADPF e proporcionalidade”. Assim, foram encontrados 16 documentos (2ADCs, 10 ADIs e 4 ADPFs) com a menção à proporcionalidade no inteiro teor dos acórdãos, restringindo-se a pesquisa das Ações Diretas de Inconstitucionalidade aos anos de 2014 e 2015.

Inicialmente, pela pesquisa, pode-se notar que a proporcionalidade é tratada, na maioria dos casos, como tendo natureza principiológica (ADCs 19 e 30; ADIs 3.237, 3.649, 3.942, 4.350, 4.423, 4.792, 4.950 e 4.955; ADPFs 54, 130 e 186). Isso é um equívoco, pois, como mencionado, a proporcionalidade não é, em si, um mandado de otimização, não tendo um conteúdo que colida com outro princípio. A proporcionalidade, frise-se, é estrutura formal de solução de colisões principiológicas, não podendo, portanto, se ver oposta a determinado princípio. Encontrou-se o tratamento da proporcionalidade como postulado somente na ADPF 54, no voto do Ministro Celso de Mello, e na ADPF 130, nos votos dos Ministros Celso de Mello e Gilmar Ferreira Mendes, respectivamente, nos seguintes trechos:

Não se põe em debate, presente referido contexto, **a questão** *concernente à proteção insuficiente* (uma das dimensões em que se projeta o postulado da proporcionalidade), **pois** existência de tensão dialética **resultante** do antagonismo

entre valores constitucionais **impregnados** de igual eficácia e autoridade **tornaviável** a utilização da *técnica da ponderação concreta* de direitos revestidos da **mesma** estatura.

(BRASIL, 2012)

A editora-recorrente sustentou na *Verfassungsbeschwerde* impetrada que as decisões dos Tribunais violavam os artigos 1, 2, I, 5, I e III, 14 (direito de propriedade) e 103, I, todos da Lei Fundamental, bem como os postulados da proporcionalidade e da segurança jurídica.

(BRASIL, 2009)

(...) **é insito**, à atividade do Juiz, **o dever** de julgar **conforme** os postulados da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade, **em respeito** ao que está previsto **no art. 126** do Código de Processo Civil ("*O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*"), (...)

(BRASIL, 2009)

Ressalte-se aqui a relevância da ADPF 54, tendo em vista que versou sobre a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Tratando-se de caso importantíssimo por se tratar da discussão acerca da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, a proporcionalidade foi aplicada de modo um pouco mais rigoroso, como será comentado posteriormente. É importante notar também que, na ADPF 130, ao se referir à máxima da proporcionalidade, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes considerou o art. 126 do Código de Processo Civil como sua *sedes materiae*. Tal fundamento é duvidoso, tendo em vista que a proporcionalidade, tratada por ele mesmo como postulado, não se enquadra no que se deve recorrer na ausência do direito positivo (analogia, costumes e princípios gerais de direito), conforme disposto no artigo 126 do CPC.

Na ADI 3.237, cujo objeto era a Lei nº 8.745/93, que fixava os casos autorizadores da contratação de professores substitutos para o Hospital das Forças Armadas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia (SIVAM) e do Sistema de proteção da Amazônia (SIPAM), o Ministro Luiz Fux, ao proferir seu voto, citou abordagem doutrinária da proporcionalidade, feita por Pedro Lenza:

(...) utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios –, o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede

e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

(BRASIL, 2014)

Devem-se considerar, aqui, dois equívocos. Não se pode confundir a máxima da proporcionalidade com a da razoabilidade, tendo em vista que a primeira possui estrutura formal para a solução de conflitos principiológicos, enquanto que a segunda nos diz, no máximo, que o que for decidido deve sê-lo nos moldes do razoável. Além disso, a máxima da proporcionalidade não consubstancia nenhuma “pauta de natureza axiológica”, pois, não possuindo substância, mas somente forma, é neutra em relação aos argumentos que serão, por meio dela, considerados para a solução da colisão principiológica.

Pode-se perceber ainda que, em vários casos (ADC 19; ADIs 2.225, 3.237, 3.649, 3.942, 4.350, 4.423, 4.792 e 4.952), a proporcionalidade é utilizada no STF de modo utilitarista, sendo apenas mencionada, sem que se proceda à aplicação correta de suas submáximas e sem uma fundamentação argumentativa que dê conta de analisar pormenorizadamente as colisões principiológicas que se põem. Para ilustrar o afirmado, tome-se como exemplo o trecho:

Não ostenta proporcionalidade, mormente se considerados os subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, inviabilizar por completo a contratação temporária no âmbito de um ente da federação, caso seja possível emprestar ao texto normativo interpretação que acarrete menos sacrifícios ao interesse da coletividade.

(BRASIL, 2014)

O trecho foi retirado da ADI 3.649, que versou sobre a contratação temporária prevista pela Lei nº 4.599/RJ, tendo em vista a falta de especificação das hipóteses de necessidade de contratação temporária. Pode-se perceber claramente pelo inteiro teor do acórdão que a medida presente no ato normativo não passou por nenhum dos testes das submáximas da proporcionalidade, que foram somente citadas. Desse modo, o STF afasta a aplicação de princípios constitucionais relativos a direitos fundamentais sem necessariamente argumentar sobre a necessidade de cumprimento do princípio colidente e sem avaliar a relação entre os meios elencados e os fins cuja concretização é almejada. Quando o faz, é de modo bastante raso, com insuficiência e imprecisão no emprego de critérios fáticos para a avaliação da relação de meio e fim nas submáximas da adequação e da necessidade.

Deve-se ressaltar também que o STF aplicou a máxima da proporcionalidade de forma um pouco mais rigorosa em alguns casos (ADC 30, ADIs 4.950 e 4955; ADPFs 54 e 128),

atendo-se às suas submáximas e analisando as questões que se colocavam através da estrutura da proporcionalidade. Isso ocorreu, por exemplo, na ADPF 54. Nesse caso, afirma-se a relatividade dos valores, a liberdade e a igualdade como possibilidade da convivência dos demais valores, faz-se a diferenciação conceitual entre regras e princípios, conceituam-se as submáximas da máxima da proporcionalidade e até menciona-se a fórmula do peso, explicada anteriormente. Contudo, ainda que se tenha utilizado a estrutura da proporcionalidade, percebe-se pelo inteiro teor do acórdão que se discute mais a conceituação da proporcionalidade do que se procede à sua aplicação. Ademais, a proporcionalidade é tratada como princípio e a sua aplicação não é rigorosa, como se pode perceber:

O processo argumentativo passa, desse modo, a depender da aplicação do princípio da proporcionalidade com base nos seus subprincípios. A adequação está presente para os dois pontos de vista. Entender que a interrupção da gravidez em caso de feto anencefálico configura aborto é um meio adequado para proteger a vida do feto. Por outro lado, a garantia da saúde, da integridade física e psíquica e da liberdade da mulher pode ser feita por meio da interrupção da gestação. Em relação à necessidade, só é possível proteger plenamente a vida do feto caso ele esteja protegido também contra a gestante. Por outro lado, não há meio menos gravoso para proteger a saúde, a integridade e a liberdade da gestante do que permitir a interrupção da gestação.

(BRASIL, 2012)

No trecho acima, há uma breve análise da adequação e da necessidade da medida em questão (interrupção da gravidez). A aplicação da adequação, neste caso, parece ser um pouco mais simples, contudo, o mesmo não pode ser dito da necessidade. Na consideração dessa segunda submáxima, não se procedeu a uma lógica comparativa, de modo que as medidas alternativas à interrupção da gravidez sequer foram mencionadas.

Assim, deve-se notar que a aplicação da máxima da proporcionalidade nesses casos, ainda que seja um pouco mais criteriosa e diferencie as submáximas, nunca é rigorosa o suficiente de modo a justificar plenamente a proporcionalidade de determinada medida prevista em ato normativo, pois os argumentos trazidos através de sua aplicação nunca esgotam as questões propostas, se desviando, em alguns casos, do real objetivo de cada “teste” trazido pelas submáximas. Pode-se perceber, inclusive, que o número de páginas dedicado a uma análise dos atos normativos através da proporcionalidade é sempre pequeno, se comparado com o tamanho do inteiro teor do acórdão.

Desse modo, tendo em vista os exemplos de jurisprudência aqui apresentados, pode-se concluir que a proporcionalidade é tratada pelo STF majoritariamente como princípio; que a

Corte não tem uma única visão sobre a aplicação da proporcionalidade, e, conseqüentemente não possui um único conceito de proporcionalidade; que em alguns casos são utilizadas visões dogmáticas incorretas sobre a proporcionalidade; que, na maioria das vezes, a proporcionalidade é utilizada de modo instrumental, não se procedendo à correta aplicação de suas submáximas; que, ainda que haja uma aplicação mais rigorosa em alguns casos, ela deixa a desejar por não fornecer critérios fáticos precisos o suficiente e por não esgotar as questões que se põem. Nota-se, assim, que a conceituação e a aplicação da máxima da proporcionalidade no STF ainda têm muito a melhorar, sofrendo de várias deficiências na jurisprudência mais recente do Tribunal.

5 - Conclusão

Diante de tudo o que foi apresentado, evidencia-se a postura ativista do STF no controle de constitucionalidade, inflamada por diversos fatores inerentes ao constitucionalismo brasileiro e ao momento histórico em que vivemos, marcado pela complexização das estruturas sociais e pela gradual afirmação de um direito constitucional. Desse modo, ressalta-se a necessidade de um aprimoramento conceitual sobre a concepção de proporcionalidade e da real aplicação da máxima da proporcionalidade no controle de constitucionalidade, de forma mais rigorosa, como instrumento de solução de colisões principiológicas. Tal máxima, afirma-se, possui assento na realidade constitucional brasileira, fornecendo uma linguagem comum pela qual se possa analisar a correção das decisões sobre o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, se corretamente utilizada. A sua aplicação pode contribuir ainda mais na busca pela legitimidade das decisões do STF, ao fornecer uma estrutura argumentativa pela qual se possa analisar mais claramente a fundamentação das decisões e ao se constituir como mecanismo capaz de incrementar a racionalidade e a correção das decisões no controle de constitucionalidade, sendo, portanto, mais um instrumento de combate ao ativismo judicial.

6 - Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BELCHIOR, Germana Parente Nieva. STF, Legitimidade e Corte Constitucional. In: _____. MATIAS, João Luis Nogueira (Coord.). **Neoconstitucionalismo e Direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 70-87.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito: Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: _____. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Difel, 1989. p. 209-254.

BRASIL. Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Seção 1, p. 9.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.237 - Distrito Federal. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. **Pesquisa de jurisprudência**. Acórdãos, 26 março 2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6529623>>. Acesso em: 29 outubro 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.649 - Rio de Janeiro. Relator: Ministro Luiz Fux. **Pesquisa de jurisprudência**. Acórdãos, 28 maio 2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7067371>>. Acesso em: 29 outubro 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 - Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de jurisprudência**. Acórdãos, 12 abril 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 29 outubro 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 - Distrito Federal. Relator: Ministro Carlos Britto. **Pesquisa de jurisprudência**. Acórdãos, 30 abril 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 29 outubro 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante Nº 13. **Diário Oficial da União**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 29 agosto 2008. p. 1.

COMIN, Fernando da Silva. A objeção da reserva do possível na ponderação de direitos fundamentais. In: _____. DUARTE, David; SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). **Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 217-259.

GROSSI, Paolo. **Mitología Jurídica de la Modernidad**. Madrid: Trotta, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martinsfontes, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Controle de constitucionalidade. In: _____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1001-1341.

PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. O Princípio do Balanceamento (Balancing) ou do Contrapeso de Valores e Bens Constitucionalmente Protegidos. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coord.). **Neoconstitucionalismo e Direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p.157-170.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A constitucionalização do direito e o neoconstitucionalismo In: _____. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p.181-199.

TOLEDO, Cláudia. Direitos fundamentais sociais: entre ponderação e subsunção. In: _____. **Direitos sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 81-89.