

Da Técnica da Ponderação de Princípios Aplicada às Súmulas Vinculantes do STF

IGNEZ GUIMARÃES

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Área de Concentração: Direito Processual Civil, Bolsista Capes.

LUCIANA DA ROCHA

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Área de Concentração: Direito Processual Civil, Bolsista Capes.

RESUMO: Tem-se por escopo, através do presente artigo, investigar a técnica de sopesamento de princípios utilizada pelo Supremo Tribunal Federal nas suas decisões, mais especificamente na elaboração das súmulas vinculantes. O estudo parte de uma abordagem do papel desempenhado pelo STF na atualidade e a nova dimensão de poder revelada pelas súmulas vinculantes. Passa, ademais, por uma análise da aplicação concreta de princípios sob uma perspectiva ponderada. Visa-se demonstrar a contribuição efetiva da técnica de ponderação à solução de casos difíceis.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios; técnica de ponderação; Supremo Tribunal Federal; súmula vinculante.

ABSTRACT: This article aims to investigate the principle balancing technique applied to Brazilian Supreme Court decisions, most specifically on the elaboration of binding precedents. The study begins with an approach to the role of the referred Court nowadays and the new dimension of its power revealed by the binding precedents. Moreover, the article analyses the concrete application of principles under a balanced perspective. The goal is to demonstrate the effective contribution of the balancing method to the solution of hard cases.

KEYWORDS: Principles; principle balancing technique; Brazilian Supreme Court; binding precedent.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Uma nova dimensão ao papel do Supremo Tribunal Federal; 2 Princípios e técnica de ponderação; 3 Casuística: Súmula Vinculante nº 11; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

É cediça, atualmente, a importância das decisões do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, para os demais órgãos do Poder Judiciário, como também para os demais poderes e para a sociedade como um todo. Tal relevância relaciona-se diretamente com o papel assumido hodiernamente pelo referido Tribunal, ante o aumento de sua influência e autoridade.

Nessa esteira, a súmula vinculante reforça o “*status persuasivo*” das decisões do Supremo e uma nova dimensão de seu poder. Poder esse exercido em nome do povo, o que conduz à necessidade de legitimação do processo decisório.

Dessa forma, ao elaborar uma súmula vinculante, o STF deve adotar certas técnicas e procedimentos, descritos não só na Constituição Federal e na lei, como também disseminados pela doutrina. Tais procedimentos, no entanto, não se resumem a meros roteiros ou *quoruns* de aprovação; também abarcam as decisões prévias acerca de seu conteúdo, ou seja, os precedentes que levaram à edição da súmula.

A complexidade dos casos que ensejam a elaboração de súmulas, muitas vezes envolvendo questões principiológicas, torna imprescindível que o STF adote, na fundamentação de suas decisões, a técnica de ponderação de princípios, pela qual, diante do caso concreto, em havendo colisão de princípios, seja privilegiada a aplicação maior de um em detrimento da flexibilização de outro. É esse o referencial procedimental que se pretende enfatizar no presente artigo. Revela-se, aqui, o objetivo primordial da exposição, qual seja, investigar a técnica de sopesamento de princípios utilizada pelo Supremo Tribunal Federal nas suas decisões, mais especificamente na elaboração das súmulas vinculantes, demonstrando-se, através disso, a contribuição efetiva da ponderação de princípios para a solução de casos difíceis.

Para tanto, o estudo parte de uma abordagem acerca do novo papel do STF e a importância de suas decisões, passando em seguida para a análise da técnica de ponderação e princípios e, por fim, ao enfoque da Súmula Vinculante nº 11 e os aspectos subjacentes à sua criação.

1 UMA NOVA DIMENSÃO AO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Embora se reconheça que o Poder Judiciário exerce a função de aplicar o direito ao caso concreto, não é novidade que a atividade dos juízes vá além da atuação da vontade da lei, de mera “boca da lei”. Há, em verdade, uma dimensão criativa na atuação do Magistrado, assim como ocorre no labor de qualquer intérprete; ainda que este se esforce por permanecer fiel a determinado texto, “ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* – porque não há texto musical ou poético, tampouco legislativo que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa”¹.

Nos últimos tempos, porém, evidencia-se uma modificação no papel do Judiciário, que se revela a partir de diversos aspectos, entre eles a ampliação da dimensão criativa da atuação judicial, bem como o fenômeno da judicialização.

1 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 1. reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 22.

Se o reconhecimento de mencionada criatividade do juiz intérprete possui sua relevância, mais importante ainda é a constatação da ampla expansão do papel criativo dos juízes e, por conseguinte, da crescente importância do direito jurisprudencial, cujos motivos “submergem suas próprias raízes nas profundas transformações das sociedades modernas e na consequente mudança da função do Direito e do Estado”².

A seu turno, o fenômeno da judicialização se traduz no fato de que “algumas questões de larga repercussão política e social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais”, envolvendo, dessa forma, uma “transferência de poder para juízes e Tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”³. Trata-se de acontecimento generalizado, global, que reflete a fronteira tênue entre política e justiça no mundo contemporâneo, observável no Brasil, principalmente no que concerne ao Supremo Tribunal Federal.

Diversos fatores levaram à judicialização. Luís Roberto Barroso⁴, em enfoque preponderantemente voltado à realidade brasileira, aponta três grandes causas para tanto. A primeira seria a redemocratização do País, que, tendo como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988, fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira. Já a constitucionalização abrangente, segunda causa indicada, trouxe para a Constituição várias matérias que antes eram deixadas para a legislação ordinária, acarretando uma ampliação da jurisdição constitucional. Outra causa apontada seria o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, na medida em que possibilita tanto o controle difuso como o controle concentrado de constitucionalidade, além de garantir o direito à propositura das ações diretas a vários legitimados.

Refletindo-se sobre as causas indicadas, nota-se que elas acenam para o importante papel assumido pelo Supremo Tribunal Federal em tempos recentes. A atuação do Judiciário, como um todo, amplia-se gradativamente e, conforme a jurisdição constitucional, adentra nas diversas esferas políticas e sociais, passando a ser percebida no dia a dia das pessoas; tal poder insufla, especialmente o do guardião máximo da Constituição, o STF.

Como bem observa Oscar Vilhena Vieira, com a Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal

desloca-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vai sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, dada a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie

2 Idem, p. 129.

3 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 13, jan./mar. 2009. p. 71.

4 Idem, p. 73-74.

de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros Tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e natureza. Escala pela quantidade de temas que no Brasil têm natureza constitucional e são reconhecidos pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador.⁵

Este é um dos sentidos atribuídos pelo autor ao fenômeno por ele denominado de “supremocracia”, e que ilustra bem a posição hodiernamente ocupada pelo STF no cenário nacional.

Outra questão a ser aqui ressaltada é a relativa às súmulas vinculantes. É sabido que a possibilidade de sua edição, restrita ao Supremo Tribunal Federal, foi implantada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, mediante inserção na Carta Magna do art. 103-A⁶. Referida alteração possui um significado que não se resume à mera inovação na sistemática processual; vai além, gerando repercussões no contexto sociopolítico. Expressiva é a opinião de Rodolfo de Camargo Mancuso nesse sentido, ao afirmar que

o advento da súmula vinculante vem alterar, em profundidade, o contexto jurídico-político preexistente, não se reduzindo, pois, a uma inovação de natureza tão somente processual, na medida em que o paradigma jurídico nacional, regulador de condutas presentes e futuras, passa a ser buscado não apenas na norma legal, mas também nos extratos de jurisprudência predominante, ou, superiormente, naquela sumulada. De observar que essa eficácia extra-autos da jurisprudência sumulada não opera apenas no plano dos conflitos levados ao Judiciário, mas impende reconhecer que as súmulas projetam um efeito preventivo geral ao interior da própria sociedade, já que, por intermédio dos operadores de direito, os entendimentos asentados chegam ao conhecimento dos jurisdicionados – pessoas físicas e jurídicas –, assim influenciando ou até condicionando os comportamentos.⁷

5 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, out./dez. 2008. p. 60.

6 “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.

§ 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.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

7 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 319.

E justamente através da súmula vinculante é que se revela a outra face da supremocracia mencionada por Oscar Vilhena Vieira, pela autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do Judiciário⁸. Sob essa perspectiva, supremocracia diz respeito “à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente o Poder Judiciário no Brasil”. A esse fato acrescenta-se que, por expressa previsão constitucional (*caput* do art. 103-A), as súmulas vinculam também a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Não se pretende, nesta exposição, perquirir acerca dos vícios e virtudes da súmula vinculante. O que se almeja é ressaltar, através de referida inovação e de toda a argumentação até aqui expendida, o novo papel desempenhado pelo STF, bem como a expansão da autoridade e repercussão de suas decisões.

Nesse ínterim, decorrem grandes responsabilidades para o Supremo ante o poder que se encontra hoje “em suas mãos”. Com efeito, ainda que não seja órgão de membros eleitos, o STF é instituição democrática, que exerce o poder em nome do povo. Sua atividade “pressupõe, ademais da previsão do Texto Constitucional, uma constante renovação da legitimidade por meio de seus procedimentos, ou seja, pelo conteúdo das decisões que exara, como forma de justificar a competência que lhe foi atribuída”⁹. No contexto do Estado Democrático de Direito, deve sua atuação concretizar as decisões basilares da população, contidas na Carta Magna, sobretudo no que tange aos princípios e garantias fundamentais.

Referida tarefa implica, em verdade, em um constante desafio. Isso porque a Constituição é eminentemente principiológica: os princípios aparecem no corpo das Constituições contemporâneas como pontos axiológicos de mais elevado destaque e prestígio¹⁰. Princípios esses que devem ser interpretados e aplicados à infinita variedade de casos concretos que se apresentam. Tais casos, quando levados ao STF, geram decisões de ampla repercussão – consoante já salientado –, servindo de diretriz interpretativa para os demais juízos ou alçadas à condição de súmula vinculante, imperando, também, sobre os demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública.

Ocorre que muitas das questões submetidas ao STF são complexas – os chamados *hard cases* – e marcadas por colisões de princípios constitucionais. Diante disso, como eleger o princípio que deve prevalecer no caso concreto? E mais, como legitimar essa decisão, tendo em vista que ambos os princípios colidentes expressam normas erigidas ao mesmo patamar no ordenamento?

8 “Com a adoção da súmula vinculante, completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo, voltado a sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. cit., p. 60)

9 LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *A constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003. p. 117.

10 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 260.

Acentua-se, destarte, a imprescindibilidade da adoção de uma técnica, de um procedimento. De fato, a “necessidade de se ter um procedimento torna-se ainda mais aguda quando se trata da aplicação de princípios, pois aí a discussão gira menos em torno de fatos do que de valores, o que requer um cuidado muito maior para se chegar a uma decisão fundamentada objetivamente”¹¹.

Dessa forma, levando-se em conta a multiplicidade de situações concretas de colisão de princípios que o STF é chamado a resolver, tem-se que sua autoridade e a legitimidade de sua atuação só poderão ser confirmadas e renovadas a cada decisão se estas resultarem da adoção de um procedimento adequado. Nesse passo, volta-se o presente estudo para uma referência procedimental específica: a técnica da ponderação de princípios – concentrando a atenção num parâmetro decisório determinado, qual seja, a Súmula Vinculante nº 11, acerca do uso de algemas, e o sopesamento de interesses subjacente à mesma.

2 PRINCÍPIOS E TÉCNICA DE PONDERAÇÃO

As perspectivas do positivismo científico e do positivismo jurídico, em seus sentidos mais clássicos, são absolutamente inadequadas à compreensão dos princípios em um sistema jurídico.

Entretentes, os sistemas jurídicos não podem ser vistos senão em conjunto com a totalidade da vida. Os sistemas jurídicos só podem ser devidamente compreendidos se relacionados com os demais sistemas sociais, em sua dimensão fática e valorativa.

Como sistemas jurídicos, os ordenamentos são sistemas teleológico-axiológicos, inerentemente abertos, móveis, adaptáveis, flexíveis, incompletos e contraditórios, que só significam algo quando concretizados conforme as necessidades e as exigências dos problemas jurídicos, essencialmente conflitos¹².

Karl Larenz¹³ assevera que a concretização do ordenamento jurídico passa pela interpretação do ordenamento em potência e dos conflitos em latência. Só se constitui o ordenamento como ordenamento atual com a constituição dos conflitos como conflitos ocorrentes. E a atualidade, ou não, de ordenamentos e de conflitos depende de um juízo de conformidade. Os conflitos são lidos através das lentes do ordenamento assim como o ordenamento é lido a partir da perspectiva dos conflitos.

11 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002. p. 19.

12 TURA, Marco Antônio Ribeiro. Artigo: O lugar dos princípios em concepção do Direito como sistema. Disponível em: <<http://www.tura.adv.br/O%20lugar%20dos%20princ%20Dpios%20em%20uma%20concepE7%E3o%20do%20direito%20como%20sistema.PDF>>.

13 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 293 e seguintes; GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 79 e seguintes; MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. 1. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996 apud TURA, Marco Antônio Ribeiro. Ob. cit.

O ordenamento atual, além de ser uma ordenação material de conflitos, é composto também por decisões¹⁴.

É só através de decisões que a abstrata previsão normativa encontra o ponto de contato a ser estabelecido com as concretas situações da vida. É a decisão que põe em movimento o ordenamento abstrato fazendo-o atuar, concretizando-o para solucionar os problemas surgidos no cotidiano social¹⁵.

Por isso, o ordenamento não pode ser concebido somente como um sistema normativo, pois é, também, um sistema de procedimentos de organização e de funcionamento dos elementos normativos e não normativos, responsáveis pela passagem do abstrato ao concreto, da possibilidade à efetividade.

Antes de interpretado e aplicado, o ordenamento não passa de promessa ou de possibilidade, pois as normas e princípios não são o que ali se encontram, mas o que resulta das suas interpretações e das suas aplicações.

Em consequência disto, depreende-se que para dar efetividade ao ordenamento em detrimento da situação esquadrihada no mundo vital, é preciso solucionar os conflitos, interpretando-se e aplicando-se as normas e os princípios segundo técnicas satisfatórias.

Nas palavras de Marco Antônio Ribeiro Tura, a solução de conflitos é tarefa jurídica e política ao mesmo tempo, caracterizando-se pela busca de superação de conflitos interiores e exteriores aos sistemas jurídicos¹⁶.

A contradição entre princípios é superada pela ponderação entre eles, conforme postulados materiais. No entanto, antes de exprimir esta técnica, passa-se a analisar alguns aspectos relevantes dos princípios.

Pode-se conceber um princípio, segundo Dworkin, como sendo uma disposição relativa, isto é, como sendo uma disposição cuja aplicação não é absoluta, cuja incidência pode ser parcial, total ou pode nem ser, tudo de acordo com as circunstâncias¹⁷.

Princípios são sempre válidos e permanecem sempre válidos no ordenamento, ainda que afastados de um caso específico, nos dizeres de Eros Roberto Grau¹⁸.

Na obra *Teoria Processual da Constituição*, Willis Santiago¹⁹ entende por regra a qualificação prescritiva de um fato (“tipificação”) amparada em uma

14 GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 84 e seguintes; MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 186 e seguintes apud TURA, Marco Antônio Ribeiro. Ob. cit.

15 Idem.

16 Idem, ibidem.

17 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1978. p. 24 e seguintes; GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 151-155. ÁVILA, Humberto (Bergmann). Op. cit., p. 28, 35, 36 e 43; FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit., p. 27 e seguintes apud TURA, Marco A. Ribeiro. Ob. cit.

18 GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 150 e seguintes apud TURA, Marco Antônio Ribeiro. Ob. cit.

19 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. cit., p. 18-19.

sanção se “princípio negativo” ou na ausência dela se “fato permitido”. Por princípio fundamental entende-se como um indicador de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis.

Na visão de Robert Alexy, os princípios incidem ou não, conforme as circunstâncias de cada caso, e precisamente por isso não há princípio que não seja relativo; relativo aos demais princípios e às regras e às circunstâncias do caso²⁰.

Tecidas as considerações sobre os princípios, entra-se na superação das colisões entre eles, a qual se dá pelo método da ponderação, pois não só podem conviver, como, a rigor, convivem, princípios de igual campo de incidência, e que nem por isso deixam de ser válidos. São utilizados, para superar ditas colisões, postulados fundados em razões materiais: a) jurídicas; e b) fáticas²¹.

A ponderação há de ser feita conforme possibilidades jurídicas e segundo possibilidades fáticas. O postulado fundado em razões materiais de caráter jurídico determina que seja tomado o conjunto de normas e feito um juízo de proporcionalidade para otimizar os conteúdos normativos concorrentes dentro do possível segundo o sistema jurídico.

No artigo *Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito*, Willis Santiago²² revela o princípio da proporcionalidade como um superprincípio ou princípio máximo ou, ainda, como o “princípio dos princípios”, apto a solucionar os conflitos entre princípios. O autor entende que a proporcionalidade revela em si a própria ideia do Direito de manter um *equilíbrio* entre Estado de Direito e Democracia. A “proporcionalidade” e o “sopesamento” são ideias inerentes ao pensamento jurídico e à contrapartida necessária de uma “justiça poética”.

Sendo assim, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em primeira linha, devem ser realizados²³.

A ponderação de princípios, segundo Daniel Sarmento²⁴, dá-se em duas etapas: na primeira, o intérprete que se depara com uma possível colisão de

20 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 104 e seguintes apud TURA, Marco A. Ribeiro. Ob. cit.

21 GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 172 e seguintes; ALEXY, Robert. Op. cit., p. 111 e seguintes; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 87-90; FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit., p. 31 e 32; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 182 e 183; ÁVILA, Humberto (Bergmann). *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 108-117.

22 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros R.; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 269.

23 RIBEIRO, Ricardo Lodi. A interpretação da Lei Tributária na era da jurisprudência dos valores. Mundo jurídico. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto397.doc/>>.

24 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 102.

princípios verifica, a partir dos limites imanentes, a existência da real contradição entre eles. Se esta foi constatada, passa-se à segunda fase, na qual o intérprete verificará o princípio de maior peso, que incidirá na hipótese. Tratando-se de princípios que na escala de valores da Constituição Federal apresentam o mesmo peso genérico, resta ao intérprete verificar o peso específico que cada princípio possui no caso concreto.

Luís Roberto Barroso²⁵ diz que à vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*. A denominada *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios fundamentais em oposição. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo.

Diferentemente de Willis Santiago²⁶, Luís R. Barroso²⁷ enumera como superprincípios o da razoabilidade e o da dignidade da pessoa humana na questão de ponderação de valores. O segundo autor entende que a razoabilidade abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível ou mesmo aquele que, de maneira menos óbvia, resultaria de aplicação acrítica da lei. O princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. Representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar. Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial*: renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça.

Na verdade, não importa qual princípio se eleja como apto a solucionar a colisão entre eles, seja o da razoabilidade, seja o da proporcionalidade, seja o da dignidade da pessoa humana. O que realmente importa é que contendas sempre existiram e sempre existirão dentro do Direito e essas contendas dão

25 BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação*. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 35.

26 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In: GRAU, Eros R.; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

27 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 35.

sustentabilidade ao sistema jurídico geral. Graças a elas o mundo jurídico se adapta para satisfazer os anseios dos cidadãos. Ao jurista cabe tentar captar as necessidades sociais de seu tempo e inseri-las na interpretação da lei.

Nessa linha de raciocínio, a técnica de ponderação de princípios surge como instrumento oportuno para a solução dos “*hard cases*”²⁸, mostrando-se adequada ao atual momento do STF, como órgão máximo da interpretação constitucional.

3 CASUÍSTICA: SÚMULA VINCULANTE Nº 11

Pretende-se, aqui, analisar a Súmula Vinculante nº 11 do STF à luz da técnica da ponderação de princípios e à luz da sua nova dimensão no papel do Supremo.

A Súmula Vinculante nº 11 diz respeito à impossibilidade do uso de algemas na condução do preso, sendo somente permitido em situações excepcionais: resistência à prisão, fundado receio de fuga ou fundado perigo à integridade física do preso ou de terceiro²⁹. Como precedentes ensejadores de sua edição, foram apontados os seguintes: RHC 56.465-8, HC 71.195-2, HC 89.429-1 e HC 91.952-9.

Dos debates relativos à criação da súmula, bem como da análise dos precedentes indicados, infere-se que o STF utilizou-se do sopesamento de interesses ao ponderar entre os princípios da segurança pública em tese e da dignidade do preso.

Evidência expressiva disso é o que se extrai do voto do Ministro Marco Aurélio, no HC 91.952-9, de sua relatoria, ao afirmar: “Não foi apontado, portanto, um único dado concreto, relativo ao perfil do acusado, que estivesse a ditar, em prol da segurança, a permanência com algemas”.

Por ocasião das discussões para aprovação sumular, o Ministro Marco Aurélio Mello, relator da súmula, mencionou que as algemas só devem ser usadas em situação excepcional, quando é provável a fuga e indiscutível a periculosidade do agente, amparando-se no princípio da dignidade humana, inscul-

28 Willis Santiago, por sua vez, entende que vivemos em uma fase “pós-positivista” com a superação dialética da antítese entre positivismo de jusnaturalismo e que na teoria anglo-saxônica, e de um modo geral, quem deu o maior impulso para o reconhecimento da natureza diferenciada dos princípios enquanto norma jurídica foi Ronald Dworkin, com a sua tentativa de superação do conceito de ordenamento jurídico como um conjunto de regras primárias e secundárias. Para Dworkin, as regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada (*all or nothing*). Já as mais tormentosas, aquelas que terminam sendo examinadas no exercício da jurisdição constitucional, as quais não se resolvem satisfatoriamente com o emprego de regras jurídicas, mas demandam o recurso aos princípios para que sejam solucionadas em sintonia com o fundamento constitucional da ordem jurídica, a semente que deu fruto à distinção entre regras e princípios (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 25).

29 Só é lícito o uso de algema em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

pido no art. 1º, III, da CF³⁰ e no respeito à integridade física e moral do preso, amparado no art. 5º, XLIX, da CF³¹. Argumentou o Ministro que constitui abuso de autoridade o uso indiscriminado e infundado das algemas, a reverberar a responsabilidade do Estado.

O Ministro Cezar Peluso, também favorável à elaboração da súmula vinculante, concordou com o discurso do Relator e propôs que se iniciasse a redação com a expressão “só é lícito”, justamente para cobrir todas as hipóteses possíveis do uso excepcional das algemas. Afirmou, inclusive, que não se deveria fazer uma recomendação na súmula; a punição da autoridade estatal deveria ser clara na redação.

O saudoso Ministro Menezes Direito arguiu que o uso indiscriminado de algemas, na atualidade, denota-se de puro arbítrio do policial ou do delegado. Ao que o Ministro Marco Aurélio retoma: “Isso revela o que tenho consignado – e já consigno há uns três ou quatro anos –, que estamos vivendo um período de perda de parâmetros, de abandono a princípios, princípios caros em uma sociedade que se diga democrática”.

Nessa mesma linha, é justamente a importância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que a Ministra Carmem Lúcia ressalta no precedente em que figurou como relatora, o *Habeas Corpus* nº 89.429-1, nos seguintes termos:

Deve ser enfatizado que o emprego daquela medida tem como balizamento jurídico necessário o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Sendo sem razão [...] e sem guardar proporção legítima em relação ao comportamento adotado pelo paciente, não se há de ter por juridicamente sustentada a providência policial ou judicial.

Prosseguindo com os debates da súmula, o Ministro Carlos Britto assevera que sua fundamentação também se acha no art. 5º, III, da CF³², que veda o tratamento desumano e degradante do cidadão. O uso de algemas denota que

30 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

31 “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:

[...]

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”

32 “III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

o preso “é exibido ao público como se fosse um troféu, uma caça, numa atmosfera de exibicionismo policial”.

Nas palavras da Ministra Carmem Lúcia, em seu voto no *Habeas Corpus* nº 89.429-1, “é negável que as algemas tornaram-se símbolo da ação policial, de um lado, e da submissão do preso àquele que cumpre a ordem de prisão. E é com essa figuração que pode se tornar uma fonte de abusos e de ação espetacular, que promove a prisão como forma de humilhação do preso e não de garantia da segurança das providências adotadas”. Assim, deve-se verificar, no caso concreto, se realmente há algum imperativo de segurança pública que justifique a utilização de algemas, ou se tal prática representa um descaso arbitrário com a dignidade do preso. É essa, basicamente, a ideia perfilhada pela Súmula Vinculante nº 11.

A Ministra Ellen Gracie, por ocasião dos debates, clarificou que a excepcionalidade do uso de algemas deve se dar em caso de resistência à prisão. Aliás, foi a mesma ministra quem, em sede do *Habeas Corpus* nº 91.952-9, tentou resumir o pensamento do Tribunal acerca do assunto: “O uso de algemas é autorizado sim. É autorizado em condições excepcionálíssimas: quando haja a tentativa ou possibilidade de tentativa de fuga do acusado, quando ele ofereça resistência ou quando ele constitua um perigo ou ameaça a própria integridade física ou a dos presentes na audiência”.

Por sua vez, na discussão da súmula, o Ministro Eros Grau ressaltou que a excepcionalidade no uso de algemas deve ser ato vinculado e não discricionário, caso contrário a utilização indiscriminada das algemas continuaria.

O Ministro Gilmar Mendes fecha o diálogo salientando que a Corte Interamericana de Direitos defende a não exposição pública do preso e que hoje “algemar significa expor alguém na televisão nesta condição, ou prender significa hoje algemar e colocar alguém na televisão”. Por isso, cabe ao Ministério Público e ao Poder Judiciário zelar pelos direitos humanos do preso. Nesse diapasão, os Ministros, em conjunto, concluíram a redação da súmula³³.

Diante do exposto, a elaboração da Súmula Vinculante nº 11 pautou-se essencialmente na técnica de ponderação de princípios, em uma construção dialógica entre os Ministros. Foi-se sopesado que entre o princípio da segurança pública e a dignidade da pessoa humana do preso prevalece a segurança pública quando há perigo iminente e real de que o preso possa fugir ou colocar em perigo a sua integridade física ou de outrem. Mas, todavia, prevalecerá a dignidade humana do preso e o direito de não ser publicamente algemado se a segurança pública não estiver em perigo concreto.

33 O debate que gerou a formulação da Súmula Vinculante nº 11 está disponível no seguinte site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf>.

Isso demonstra a importância da técnica de ponderação de princípios no contexto jurídico contemporâneo, como diretriz necessária à adequada aplicação do direito ao caso concreto, sobretudo quando se tratar dos *hard cases*, geralmente marcados por uma tensão principiológica. Dessa forma, pode-se afirmar que, no tocante às decisões do Supremo Tribunal Federal, a utilização da técnica de ponderação de princípios é deveras importante, ainda que não seja o único fator de legitimação de tais decisões.

CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal vem assumido papel de crescente importância na atualidade, sendo expressão do fenômeno de judicialização. Suas decisões têm penetrado nos mais diversos setores da sociedade em que é chamado a atuar e gozam de cada vez mais força, principalmente com a possibilidade da edição de súmulas vinculantes.

Ampliando-se sua influência, cresce também sua responsabilidade no momento decisório. Como órgão democrático que é, deve ele resguardar e concretizar as escolhas fundamentais do povo, constantes da Carta Magna. E por ser esta eminentemente principiológica, o ato de decidir representa um constante desafio, cujo enfrentamento requer a adoção de procedimentos e técnicas adequadas a serem seguidas por ocasião de sua prolação, de forma que tal ato, bem como o órgão de que ele emana, possa conquistar – e manter – a sua legitimação perante a sociedade.

Em geral, as súmulas vinculantes nascem de casos nos quais as soluções são mais dificultosas, havendo controvérsia a respeito da interpretação da lei ou de um princípio.

Sendo assim, é imprescindível que o STF, por questão de coerência, adote, na fundamentação de suas decisões, a técnica de sopesamento de interesses, pela qual, diante do caso concreto, o princípio de maior peso prepondere no julgamento, visando erigir tal decisão ao patamar de uma balança realmente justa.

No conflito entre normas jurídicas que são regras ou se aplica uma ou cede-se espaço à outra, sendo impossível a aplicação concomitante entre regras que se contraponham. Já na colisão entre princípios, há perfeitamente a possibilidade de convivência entre eles em uma mesma decisão. É o que se tentou demonstrar por meio da casuística da Súmula Vinculante nº 11.

Por fim, não se pode esquecer o relevante papel do Supremo ao editar tais súmulas vinculantes, tendo em vista que elas não constituem apenas uma facilitação procedimental na tentativa de aceleração do Judiciário, mas sim possuem repercussões no contexto sócio-político, com potencialidade para interferir não só nas demais decisões emanadas pelo Judiciário, mas também nos atos dos administradores públicos e até mesmo na conduta dos particulares.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação. Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 13, jan./mar. 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 1. reimp. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros R.; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.
- _____. *Teoria processual da constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002.
- LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *A constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. A interpretação da lei tributária na era da jurisprudência dos valores. Mundo jurídico. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto397.doc>>.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2000.
- TURA, Marco Antônio Ribeiro. O lugar dos princípios em concepção do Direito como sistema. Disponível em: <<http://www.tura.adv.br/O%20lugar%20dos%20princ%EDpio%20em%20uma%20concepE7%E3o%20do%20direito%20como%20sistema.PDF>>.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, out./dez. 2008.