

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E PONDERAÇÃO: A (NÃO)
APLICAÇÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE NO JULGAMENTO DA
ADPF 153**

**JUDICIAL REVIEW AND WEIGHTING: THE (NOT) IMPLEMENTATION OF THE
PROPORTIONALITY RULE IN JUDGING ADPF 153**

João Vítor Nascimento Martins¹

RESUMO

No presente artigo, pretende-se analisar se há a aplicação sistemática e adequada pelo Supremo Tribunal Federal da regra da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) conforme proposta pelo autor alemão Robert Alexy em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*², através da ponderação dos princípios. Para tanto, utiliza-se como objeto de análise de controle de constitucionalidade das leis o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, no qual o Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade da Lei de Anistia – Lei n. 6.683/79. Assim, através de uma análise da forma como foram fundamentados os votos dos ministros, procura-se avaliar a técnica utilizada para a solução deste relevante julgamento dentro do contexto da justiça de transição, sem prejuízo, contudo, de uma pequena abordagem comparativa com outros julgados. Acredita-se, entretanto, que o resultado será negativo, ou, ao menos, parcialmente negativo.

PALAVRAS-CHAVE: Regra da proporcionalidade. Ponderação. STF. Controle de constitucionalidade. ADPF 153. Lei de anistia.

ABSTRACT

This article aims to assess whether there is the systematic and appropriate application by the Supreme Court of the proportionality rule (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) as proposed by the German author Robert Alexy in his *Theory of Constitutional Rights*, by considering the principles weighting. For this purpose, it uses as object of analysis of judicial review the ADPF 153, in which the Supreme Court considered the constitutionality of the Amnesty Law – Law 6683/79. Thus, through an analysis of how the votes were based ministers, seeking to evaluate the technique used for solving this important trial within the context of transitional justice, without prejudice, however, a small comparative approach with other trial. It is believed, however, that the result is negative, or, at least, partially negative.

KEYWORDS: Proportionality rule. Weighting. Supreme Court. Judicial review. ADPF 153. Amnesty law.

¹ Mestrando em Direito (Faculdade de Direito da UFMG). Estagiário de Docência com bolsa CAPES – DEMANDA SOCIAL.

² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

1. INTRODUÇÃO

A efetiva concretização do paradigma do Estado Democrático de Direito ganhou forma através da conjunção de diversos fatores, que refletiram na ordem jurídica do mundo ocidental de maneira extremamente relevante, sobretudo no que atine à busca pela superação do positivismo jurídico, à constitucionalização dos ordenamentos e à consequente supervalorização dos princípios jurídicos.

É que o período de guerras havia deixado como grande legado um temor profundo de que a manutenção dos sistemas jurídicos desatrelados de valores morais de caráter normativo permitisse o ressurgimento de estados totalitários – tanto nazistas e fascistas, quanto as abundantes ditaduras latino-americanas.

Diante desse contexto, os princípios constitucionais ganharam, no fim do século XX, cada vez mais força normativa e poder de irradiação nos ordenamentos jurídicos. O mecanismo de controle de constitucionalidade das leis, conseqüentemente, se tornou uma prática constante nos tribunais constitucionais dos Estados do *civil Law*, inclusive no Poder Judiciário brasileiro.

Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, procurou sistematizar e sinalizar a razão prática do Tribunal Constitucional Alemão na apreciação da constitucionalidade das leis germânicas. Assim, Alexy apresentou um meio de abordar as colisões entre princípios constitucionais através da aplicação da regra da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), que implica, necessariamente, na ponderação entre os princípios colidentes (Fernandes, 2010, p. 192).

O presente trabalho se justifica, portanto, independente de qualquer valoração crítica, tendo em vista a necessidade de analisar se o Supremo Tribunal Federal adota sistematicamente a regra da ponderação nos exames de constitucionalidade de leis brasileiras e, em caso positivo, de que maneira se dá a aplicação dessa razão prática.

Para tanto, analisa-se no presente ensaio principalmente os fundamentos dos ministros do STF articulados em seus votos no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, na qual o STF apreciou a constitucionalidade do art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.683 de 1979 – a Lei de Anistia, sem abandonar a referência significativamente relevante, entretanto, de demais julgados nos quais o Supremo Tribunal Federal tenha abordado um caso de colisão entre princípios.

2. A APLICAÇÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE E A PONDERAÇÃO

Conforme já ventilado na introdução deste ensaio, a regra da proporcionalidade foi desenvolvida na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão e sistematizada por Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

Trata-se de uma regra que visa a impedir que a aplicação de medidas estatais destinadas à promoção de um direito fundamental implique na restrição desproporcional de outros direitos fundamentais. Em outras palavras, a máxima da proporcionalidade deve ser enxergada como um meio de garantir a proporcionalidade das leis e medidas estatais, primando pela defesa dos direitos fundamentais (Silva, 2002, p. 24).

A aplicação da regra (ou máxima) da proporcionalidade implica necessariamente a compreensão da ideia de que princípios são mandamentos de otimização, ou seja, conforme descreve Alexy, “(...) *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (2008, p. 90). Conforme afirma Thomas da Rosa de Bustamante, fazendo referência à obra do jurista alemão:

Com efeito, a qualificação dos direitos fundamentais como *princípios* implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquela (Alexy, 1997-a., p. 111). Trata-se de uma *mútua implicação* no sentido lógico, de modo que uma coisa não exista sem a outra. (Bustamante, 2008, p. 273).

Assim, a partir dessa definição de princípios enquanto mandamentos de otimização, há que se admitir que é possível que haja colisão entre princípios, posto que não são normas que determinam que algo seja realizado incondicionalmente. Nesse caso – ao contrário de um caso de conflito entre regras, no qual uma delas deve ser declarada inválida ou surge a obrigação de inclusão de uma cláusula de exceção – deve haver, inevitavelmente, uma ponderação ou um sopesamento entre os princípios (ou direitos fundamentais), de forma a observar qual princípio dispõe de precedência sobre o outro naquela determinada situação – uma precedência relativa, portanto (Alexy, 2008, p. 94/95). Ainda na elucidativa obra de Bustamante:

Quando há uma colisão, um princípio jurídico *precede* ao outro no caso concreto, sem com que, para tanto, a validade de qualquer dos princípios colidentes seja afetada. Da tensão entre as duas normas nasce uma *regra adscrita* que estabelece uma *relação de precedência condicionada* entre elas (Idem, p. 92). Em outras palavras, todas as colisões de princípios só podem ser resolvidas por meio do estabelecimento de uma relação de preferência entre eles (diante das condições

verificadas no caso particular). Essa relação de preferência só pode ser estabelecida através de uma *regra* que prescreva a consequência jurídica do princípio privilegiado, de onde se infere, portanto, a denominada *lei de colisão* entre princípios jurídicos (Alexy, 1997-a, p. 94). (Bustamante, 2008, p. 269).

Essa ponderação ou sopesamento ocorre, por sua vez, no momento da aplicação da terceira máxima parcial (ou sub regra) da proporcionalidade. A regra da proporcionalidade, portanto, é dividida em três momentos distintos e, segundo Virgílio Afonso da Silva, sucessivos em uma ordem previamente definida: a análise da adequação, a análise da necessidade e, por fim, a análise da proporcionalidade em sentido estrito (Silva, 2002, p. 34).

Conforme o entendimento de Virgílio Afonso da Silva, essa ordem sucessiva é relevante tendo em vista que a análise da necessidade somente ocorrerá no caso de se confirmar que a lei ou medida estatal é adequada, assim como a análise da proporcionalidade em sentido estrito somente se dará caso se perceba que a lei ou medida estatal é adequada e necessária (Silva, 2002, p. 34).

A primeira sub regra da proporcionalidade é a adequação. Na análise da adequação, cabe ao julgador observar se a medida estatal é um meio adequado a fomentar (a perseguir) o direito fundamental que ela visa proteger. O julgador, nesse momento, portanto, deve averiguar se o meio empregado tem a capacidade de ser eficiente, ou seja, se tem, potencialmente, a capacidade de alcançar o fim perseguido.

O exame da necessidade, segunda sub regra da proporcionalidade, apresenta um caráter diferenciado da análise da adequação. Ela tem um caráter comparativo. Neste segundo momento, o julgador deve analisar se aquela medida empregada tem a capacidade de promover o direito fundamental perseguido com a mesma eficiência que as demais medidas adequadas, porém, afetando o direito fundamental colidente com menor intensidade. Na análise da necessidade da medida, importa ao julgador perquirir se, mesmo sendo adequada, aquela lei ou ato estatal é realmente necessário, tendo em vista a gravidade com a qual irá restringir um direito fundamental.

Por fim, cabe ao julgador realizar o exame da proporcionalidade em sentido estrito que, conforme Virgílio Afonso da Silva, “(...) consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” (Silva, 2002, p. 41).

A análise da proporcionalidade em sentido estrito, portanto, é o momento no qual o julgador deve fazer a ponderação entre os princípios colidentes³. Na sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy determina bem o âmbito de aplicação da sub regra da proporcionalidade em sentido estrito:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. (Alexy, 2008, p. 117).

Assim, de acordo com a teoria desenvolvida no Tribunal Constitucional Alemão e sistematizada por Alexy, em ocasiões nas quais os julgadores apreciem uma lei ou medida que visa a fomentar um determinado direito fundamental, mas que, inevitavelmente, restringe um

³ Alexy cria, na verdade, uma fórmula de ponderação, na qual se apresenta através de um modelo aritmético a forma como deve se dar a ponderação. Thomas da Rosa de Bustamante aborda o tema em sua obra *Teoria do Direito e Decisão Racional. Temas de Teoria da Argumentação Jurídica*:

“Como vimos, a lei de ponderação mostra que o processo de pesagem pode ser dividido em três estágios: 1. Definição do grau de interferência em um dos princípios; 2. Definição da importância da satisfação do princípio que atua em sentido contrário; e 3. Verificar se a importância do princípio contrário justifica ou não a afetação do primeiro princípio (Alexy, 2002-a, p. 32).

A denominada fórmula de ponderação deve, para ser racional, levar em consideração esses três passos. Precisa ainda, e neste ponto reside a importância de um modelo aritmético, fornecer um parâmetro para graduar (ou medir) a intervenção no princípio P¹ e a satisfação do seu princípio contrário (no caso, P²).

Neste terreno, é cabível uma escala triádica para classificar as intensidades de intervenção e satisfação de princípios jurídicos. Um exemplo do próprio Alexy pode ajudar nisso: o princípio da liberdade de ação econômica é um dos que pode ser restringido em diferentes graus. De um lado, impor aos produtores de tabaco o dever de colocar advertências sobre o perigo de consumir os seus produtos deve ser considerada uma intervenção leve em seu âmbito de aplicação; por outro lado, uma proibição de comercialização e consumo de qualquer tipo de produto de tabaco seria, seguramente, uma intervenção grave na liberdade econômica dos produtores; finalmente, entre um extremo e outro, a proibição de máquinas de vender tabaco, associada à proibição de venda em determinados lugares, pode ser considerada uma intervenção média naquele mesmo princípio (Alexy, 2002-a, p. 33).

A construção da fórmula de ponderação inicia-se com a atribuição de valores numéricos diferentes para as intervenções e satisfações leves (l), médias (m) e graves (g): para l, atribui-se o valor 2⁰ (ou seja, 1); para m, 2¹ (ou seja, 2); e, para g, 2² (ou seja 4)”. (Bustamante, 2008, p. 279/280).

A fórmula pode ser representada da seguinte forma: $G_{pi}, jC = \frac{IPiC}{WPjC}$, Onde G é o peso final, I é o grau de

intensidade da intervenção no direito fundamental, W é a importância do direito fundamental fomentado, C representa as circunstâncias fática e jurídica, Pi é o direito fundamental agredido e Pj é o direito fundamental fomentado. Ainda segundo Bustamante: “Na aplicação da fórmula, <Gpi, jC> será maior do que 1 em todos os casos em que se puder concluir que o princípio P_i tem precedência sobre P_j; da mesma forma, em todos os casos em que a ordem de prioridade se inverta (P_j P_i) o valor de <Gpi, jC> será inferior a 1; finalmente, nos ‘casos de empate’ (<Gpi, jC> = 1), estar-se-á dentro dos limites da margem de ação do legislador”. (Bustamante, 2008, p. 283).

ou mais direitos fundamentais, deve-se submeter tal lei ou medida à regra da proporcionalidade, de forma a averiguar a sua adequação, a sua necessidade e a sua proporcionalidade em sentido estrito, esta através da ponderação (ou sopesamento) dos princípios colidentes.

A teoria alexyana, portanto, procurou racionalizar a *praxis* do Tribunal Constitucional Alemão, sistematizando-a de forma a permitir uma análise o menos contingente possível dos casos que envolvam a colisão entre princípios, sobretudo aqueles que abordam direitos fundamentais. E, apesar das diversas críticas que vêm lhe acometendo, essa teoria aparenta ser um meio eficiente na construção de uma decisão e, sem sombra de dúvida, preferível ao recurso a argumentos políticos e decisionismos permeados de historicidade e atecnia jurídica.

3. O JULGAMENTO DA ADPF 153

Em 29 de abril de 2010, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou improcedente, por maioria de votos, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, que havia sido proposta pelo Conselho Federal da OAB e assinada pelos juristas Fábio Konder Comparato e Maurício Gentil Monteiro.

A aludida ADPF objetivava, em síntese, que o STF atribuísse ao art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.683 de 1979 – “Lei de Anistia”, uma interpretação em conformidade com a Constituição da República, para que a anistia não fosse estendida “aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão contra opositores políticos, durante o regime militar” (Comparato e Monteiro, 2010, p. 29).

Ocorre que o art. 1º da Lei n. 6.683/79 concedeu o benefício decorrente da anistia apenas àqueles que cometeram crimes políticos ou “conexos” com estes, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. O parágrafo 1º, do mesmo artigo, entretanto, determinou que “consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”.

A consequência inevitável dessa extensão do benefício da anistia aos autores de crimes “conexos aos crimes políticos” foi o perdão de agentes públicos que cometeram, sob o pálio do Estado ditatorial, crimes de homicídio, estupro, lesão corporal, dentre vários outros, contra os opositores do regime militar vigente à época.

A anistia, conforme preconizada pelo Direito Penal, deve ter um caráter puramente objetivo, em outros termos, deve ser concedida em relação à prática de um determinado crime e não de uma determinada pessoa que cometeu um crime. Em sentido contrário, porém, a interpretação que se deu ao parágrafo primeiro do referido artigo estendeu a anistia a crimes que seriam supostamente conexos aos crimes políticos, mas que não se encaixam em qualquer definição de conexão do direito penal. Houve, dessa forma, uma extensão da anistia a determinadas pessoas e não a determinados tipos penais cometidos em determinado momento histórico sob determinadas situações peculiares. Conforme relatam Monteiro e Comparato:

Ora, a anistia sobrevém como o exato oposto da definição criminal. Diversamente da graça e do indulto, ela não apenas extingue a punibilidade – como declara imperfeitamente o art. 107, II do Código Penal – mas descriminaliza a conduta criminosa. A Lei dispõe, retroativamente, que certos e determinados crimes deixam de ser considerados como tais. Daí por que, ao contrário da graça e do indulto, **a anistia não se refere a pessoas, mas a crimes objetivamente definidos em lei.**

No caso da Lei 6.683, todavia, isso não corre. O diploma legal, seguindo a longa tradução histórica, declara objeto de anistia os **crimes políticos**. Mas não só. A lei estende a anistia a **classes absolutamente indefinidas de crimes**: “crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos”. (Comparato e Monteiro, 2010, p. 17).

Assim, para o autor da ADPF n. 153, além de haver uma incompatibilidade entre a anistia concedida pela lei e a vedação existente no art. 5º, inciso XLIII, da CR/88, a interpretação atribuída ao art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.683 de 1979 violou os seguintes preceitos fundamentais: a isonomia em matéria de segurança (art. 5º, *caput*, da CR/88), o direito de informação, o princípio democrático, o princípio republicano e, por fim, o aclamado princípio da dignidade da pessoa humana – corolário do Estado Democrático de Direito.

É importante ressaltar, de sobremaneira, a violação ao princípio da isonomia em matéria de segurança, previsto no art. 5º, *caput*, da CR/88 e esmiuçado, dentre outros, pelo inciso XLIII do mesmo artigo, que considera insuscetível de anistia os crimes hediondos, como o homicídio qualificado e o estupro.

Parece também bastante evidente o desrespeito ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, enquanto um direito individual protetivo, ou seja, uma garantia de que o Estado respeitará e protegerá os direitos dos cidadãos (Moraes, 2007, p. 46). Algo que, inegavelmente, a Lei de Anistia impediu que fosse realizado, posto que negou ao Estado o seu dever de tutela dos direitos e, ao revés, permitiu a ele que exercesse livremente o papel de violador dos direitos dos cidadãos.

Ao contrário, porém, parece bastante difícil fundamentar objetivamente a ofensa causada diretamente pela promulgação da Lei de Anistia ao direito de informação, bem como aos princípios democrático e republicano.

Pois bem, ao apreciar a ADPF, o Relator, Ministro Eros Roberto Grau, julgou a ação improcedente. Segundo o Ministro, não houve ofensa ao preceito fundamental da isonomia em matéria de segurança, posto que, de acordo com o seu entendimento, a lei pode anistiar desigualmente crimes diversos. Ainda segundo o Relator, a Lei de Anistia não impediu, de qualquer forma, o direito de acesso às informações, apesar de ressaltar a importância de garantir esse acesso e defender os meios lícitos de permitir essa garantia. Em relação aos princípios democrático e republicano, o Ministro Eros Grau também não encontrou na Lei n. 6.683 de 1979 qualquer ofensa. Por fim, o Relator, ao apreciar a suposta afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro, afirma que “trata-se, também neste ponto, de argumentação exclusivamente política, não jurídica, argumentação que entra em testilhas com a História e com o tempo” (Eros Grau, 2010, p. 21).

Importante ressaltar que o Ministro Relator ainda destacou que não cabe ao Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão do Poder Judiciário, alterar uma lei, sobretudo após trinta e um anos de sua promulgação, mas sim ao Poder Legislativo.

Em suma, acompanharam o voto do Relator em sua parte dispositiva os Ministros Gilmar Ferreira Mendes, Carmem Lúcia, Ellen Gracie, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e Cezar Peluso.

Destacou-se, dentre as argumentações, o voto do Ministro Celso de Mello, que, diferentemente do Relator, pautou sua decisão, sobretudo, na impossibilidade de concessão de efeito retroativo da lei penal. Assim, segundo o Ministro, a revogação ou a alteração da interpretação da Lei de Anistia não poderia, de forma alguma, provocar a penalização daqueles agentes que já tiveram os seus crimes anistiados. Celso de Mello ainda ressaltou o impedimento da aplicação de leis penais supervenientes mais gravosas (art. 5º, inciso XL, da CR/88) e o fato de que a Lei de Anistia já produziu todos os seus efeitos, de forma que já se exauriu.

Com entendimento distinto da questão em pauta, votaram em sentido contrário os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto. O Ministro Lewandowski julgou a ação parcialmente procedente de forma a conceder ao art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.683/79, a interpretação segundo a qual a anistia não foi *automaticamente* estendida aos crimes “conexos” ou “relacionados” aos crimes políticos praticados pelos agentes públicos. No entendimento do Ministro, portanto, deveria haver o julgamento de cada caso, de forma a

apreciar a possibilidade de concessão de anistia àquele determinado crime, de acordo com os fundamentos que comprovem a sua efetiva relação com os crimes políticos. Ou seja, deveria restar definitivamente comprovada em cada caso, a “conexão”.

O Ministro Ayres Britto, ao seu tempo, julgou a ação procedente em parte, dando ao artigo de lei interpretação conforme a Constituição da República, para, de forma peremptória, “excluir do texto interpretado qualquer interpretação que signifique estender a anistia aos crimes previstos no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição” (Ayres Britto, 2010, p. 146). No entendimento do Ministro, a conexão prevista na Lei de Anistia não apresenta relação com o conceito legal de conexão, o que torna evidente a pretensão dos legisladores de utilizar a Lei como instrumento para acobertar crimes. Tratar-se-ia, portanto, de dispositivo de Lei flagrantemente inconstitucional.

Conforme é possível depreender até mesmo deste breve relato acerca do julgamento da ADPF n. 153, salvo os votos dos Ministros que julgaram parcialmente procedente a ação, bem como os votos dos Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, os votos dos demais Ministros do STF se pautaram quase em sua totalidade em aspectos de caráter político e não jurídico. Muitas vezes, inclusive, citou-se a impertinência das conseqüências que poderiam advir da declaração da procedência da ADPF, como, a título de exemplo, ocorreu no debate entre os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, logo após aquele ter proferido o seu voto. Esses fatos demonstram, de sobremaneira, um caráter flagrantemente pragmático da decisão proferida pelo pleno do STF.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, apesar de acompanhar os votos dos demais Ministros relativamente à importância e legitimidade histórica do acordo político que culminou com a promulgação da Lei de Anistia, ainda desbravou um caminho diverso. O Ministro ressaltou a consumação da anistia através da Emenda Constitucional n. 26 de 1985, abordando o tema através de um aprofundamento teórico acerca do processo de revisão constitucional.

Em suma, fato é que em nem sequer um voto prolatado pelos Ministros do STF houve uma referência a qualquer possibilidade de sopesamento de princípios constitucionais eventualmente colidentes. Em outras palavras, a ADPF apresentada, na forma como explicitada pelos julgadores, não implicou a colisão entre princípios inscritos na CR/88. Isso porque, para os Ministros que julgaram improcedente a ADPF, não houve qualquer ofensa aos preceitos fundamentais da isonomia em matéria de segurança, do direito de informação, do princípio democrático, do princípio republicano e do princípio da dignidade da pessoa humana. Enquanto que, para os Ministros que julgaram parcialmente procedente a ação,

houve ofensa a algum desses princípios, o que, por si só, já foi suficiente para declarar a procedência parcial da ação.

Cabe, portanto, neste ponto, analisar em que medida a adoção da regra da proporcionalidade, na forma como foi sistematizada por Robert Alexy, seria cabível na apreciação da ADPF 153, já que, conforme anteriormente citado, os Ministros do STF não indicaram sequer uma colisão entre princípios constitucionais que fosse relevante para a solução da matéria em pauta.

4. ANÁLISE DA APRECIÇÃO DO STF À LUZ DA *TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY*

Pois bem, de acordo com a “Lei de colisão” determinada por Alexy, em um caso de colisão entre direitos fundamentais, é necessário que haja a análise da proporcionalidade em sentido estrito, baseada na ponderação entre os dois direitos fundamentais colidentes: (a) aquele que é restringido pela lei ou medida estatal e (b) aquele que consiste no objeto da criação da lei ou medida, ou seja, aquele que é o próprio fundamento da criação da lei ou medida estatal. Ressalta-se, inicialmente, que não se delongará no presente trabalho uma análise acerca da necessidade e da adequação da Lei de Anistia, tendo em vista a evidente ocorrência de ambos os fatores. Ora, a Lei de Anistia era o meio adequado e necessário para se promover o acordo político que fora firmado, pretendendo, em última análise, manter a segurança jurídica da ordem constitucional vindoura. Sendo assim, a análise se iniciará diretamente na proporcionalidade em sentido estrito, posto ser este o principal objeto de estudo deste artigo.

No sopesamento entre os direitos fundamentais, deve-se avaliar o quão restringido e o quão importante é o direito fundamental afetado pela lei, ao mesmo tempo em que se deve avaliar quão relevante é a promoção do direito fundamental fomentado pela lei.

No caso em análise – o julgamento da ADPF 153 – tem-se que a Lei n. 6.683 de 1979, ao conceder o benefício decorrente da anistia aos autores de crimes “de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”, restringiu o direito fundamental à isonomia em matéria de segurança e o direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Ao contrário do entendimento da maioria dos Ministros do STF, entende-se que a Lei de Anistia ofendeu o preceito fundamental da isonomia em matéria de segurança, na medida em que beneficiou com a anistia autores de crimes que são considerados pelo art. 5º, XLIII, da

CR/88, *insuscetíveis de anistia*. E isso parece flagrante, posto que *foram considerados crimes conexos aos crimes políticos o estupro, o homicídio, dentre outros*.

Também em sentido contrário ao tomado pela maioria do pleno do STF, entende-se que a Lei de Anistia restringiu o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana. Isso porque, a partir da promulgação da referida lei, o Estado teve que se abster de garantir uma satisfação às vítimas dos crimes cometidos na Ditadura pelos próprios agentes de Estado. O Estado, que deveria garantir a *persecutio criminis* e a inafastabilidade da jurisdição estatal, simplesmente se manteve inerte, tornando legal todo desrespeito às inviolabilidades previstas na CR/88 cometido pelos agentes públicos. A Lei de Anistia, a bem da verdade, garantiu que as evidentes violações ao princípio da dignidade da pessoa humana cometidas pelo Estado Ditatorial fossem consideradas legais.

Assim, tem-se que, no caso em análise, sob a ótica aqui apresentada, foram restringidos pela Lei de Anistia os direitos fundamentais à isonomia em matéria de segurança e a dignidade da pessoa humana. Em contrapartida, definitivamente, não houve afronta ao direito de informação ou aos princípios democrático e republicano. A Lei n. 6.683 não restringiu o acesso a esses direitos fundamentais.

Por outro lado, conforme aventado pelos próprios Ministros no decorrer dos seus votos, a manutenção da constitucionalidade da Lei de Anistia era importante para fomentar o preceito fundamental da segurança jurídica, na medida em que a interpretação do art. 1º, § 1º, da referida lei conforme a Constituição, como pleiteava o Conselho Federal da OAB, estaria desrespeitando o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, previsto no art. 5º, XL, da CR/88.

Desta forma, de acordo com a aplicação da regra da proporcionalidade em sentido estrito sistematizada por Alexy, deveria haver, no caso em análise, um sopesamento entre a relevância da segurança jurídica – sobretudo no tocante à irretroatividade da lei penal mais gravosa – e a gravidade da restrição aos direitos fundamentais da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, cabe notar que, ao contrário do proposto pelo Ministro Celso de Mello, não se poderia considerar o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa um princípio absoluto que, por si só, resolveria todo o imbróglio. Alexy esclarece bem essa questão da impossibilidade da existência de uma *precedência incondicionada* de um determinado princípio em relação aos demais:

Uma descrição mais inequívoca de uma colisão entre princípios dificilmente seria possível. Duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma delas é inválida, nenhuma tem precedência absoluta sobre a outra. O que vale depende da forma como será decidida a precedência entre elas sob a luz do caso concreto. É necessário notar, neste ponto, que à já mencionada variedade de formas de se denominar os objetos do sopesamento deverá ser acrescentada mais uma, a dos “valores constitucionais”. (Alexy, 2008, p. 100/101).

Assim, conforme perfeitamente delineado por Robert Alexy, não existe esta desejada precedência incondicionada de um princípio sobre os demais, mas sim uma precedência condicionada a determinada situação, que deve ser revelada através de uma ponderação entre os princípios colidentes no caso concreto.

No presente caso, percebe-se que é flagrantemente mais relevante impedir uma grave restrição aos preceitos fundamentais da isonomia e da dignidade da pessoa humana do que resguardar o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, de forma a garantir a segurança jurídica.

Essa precedência relativa⁴ dos preceitos da dignidade da pessoa humana e da isonomia sobre o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa se deve a vários fatores, mas, sobretudo, porque a restrição daqueles princípios afetou toda a sociedade brasileira, posto que impediu o Estado de garantir a devida penalização dos agentes públicos que cometeram crimes; ao ponto que a retroação da lei penal mais gravosa atingiria tão somente àqueles agentes do Estado que cometeram crimes insuscetíveis de anistia. No caso em questão, portanto, é premente a precedência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia sobre a segurança jurídica.

Por fim, não se pode desconsiderar duas questões extremamente relevantes para a realização da ponderação dos princípios. Conforme defende Bustamante, deve-se levar em conta, no momento da ponderação, tanto a possibilidade de interação entre princípios, quanto a determinação do peso abstrato dos princípios (Bustamante, 2008, p. 287). Isso porque,

⁴ A aplicação da fórmula da ponderação, conforme apresentada à página 5 do presente trabalho, demonstra de forma aritmética a precedência relativa, no caso, dos direitos fundamentais ofendidos sobre o princípio constitucional que se procurava fomentar. Desconsiderar-se-á aqui a existência da interação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia em matéria de segurança, posto não haver ainda uma fórmula exata que defina a forma de representação dessa interação. Avalie-se, portanto, somente sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana. Tem-se, assim, que a intensidade de intervenção no princípio da DPH foi grave (g), logo, é representada por 2² (ou seja, 4). A importância da satisfação do princípio da segurança jurídica, ao revés, aparenta ter um significado veemente na ordem jurídica, mas não tão grande quanto a DPH. Logo, a importância de sua satisfação é média (m), representada por 2¹ (2). Realizando a substituição na fórmula:

$G_{pi}, jC = \frac{IPiC}{WPjC}$, tem-se que $G_{pi}, jC = \frac{4}{2}$, ou seja $G_{pi}, jC = 2$. Assim, resta comprovada a precedência relativa

do princípio ofendido – DPH – no caso em análise, já que o resultado foi maior que 1.

primeiramente, deve-se analisar que existe a hipótese de uma colisão na qual figuram de um lado dois princípios ou mais e, no lado oposto, apenas um princípio, conforme se verificou no próprio caso em análise:

O fato de haver dois princípios colaborando para uma mesma conclusão não nos autoriza a concluir que os pesos relativos de cada um deles possam ser simplesmente adicionados, pois há diferentes tipos de integração entre princípios jurídicos, cada um gerando razões com pesos variáveis para a justificação da decisão. Essas diferentes espécies de interação – que vão desde o denominado emprego cumulativo de argumentos simples (meramente coincidentes) até a construção de cadeias argumentativas (em que os argumentos e princípios, sobre caminhar no mesmo sentido, reforçam-se mutuamente) – precisam ser mais bem categorizadas, pois é possível que o reforço recíproco (*reinforcing effect*) entre esses princípios varie substancialmente (MacCormick-Summers, 1991, p. 527).

A fim de configurar a fórmula de ponderação aos casos de interação entre princípios jurídicos é necessário, portanto, estabelecer critérios para determinar o peso em conjunto desses princípios; só então, depois de determinado esse peso em conjunto (ou seja, o peso que os princípios interagentes revelam quando contrapostos a um terceiro princípio), é que se deverá inseri-lo na fórmula de ponderação, comparando-o com o peso do princípio que atua em sentido contrário. (Bustamante, 2008, p. 288).

Além disso, deve-se considerar ainda a questão do peso relativo dos princípios, conforme anteriormente colocado. É que, apesar de não haver uma precedência absoluta entre os direitos fundamentais previstos na Constituição, obviamente há uma certa prioridade relativa imposta tanto por fatores fáticos como pela própria Constituição. Assim:

De fato, a própria Constituição deixa clara a maior importância dos princípios fundamentais em relação aos demais princípios jurídicos (Ávila, 2001-a). Ao fazer uma valoração acerca da importância dos princípios jurídicos se está a hierarquizar princípios e valores constitucionais, embora não se trate de uma hierarquia rígida entre normas jurídicas.

É nesse sentido que se pode dizer – como meio termo entre as alternativas extremas de se construir uma ordem estrita entre princípios constitucionais e de concebê-los como mero *topoi* – que é possível estabelecer uma ordem frágil no campo dos princípios (Alexy, 1993-a). Não se trata, repita-se, de uma hierarquização pura e simples, mas do estabelecimento de ordens de prioridade *prima facie* entre princípios distintos. Se tais ordens existem – independentemente da consideração das condições fáticas de aplicação – seguramente é porque o princípio precedente tem um peso abstrato superior ao daquele que foi afastado. É certo, também, que tais ordens de precedência irão influenciar na pesagem dos princípios e argumentos. (Bustamante, 2008, p. 290).

Considerando, portanto, tanto o maior peso relativo do princípio da dignidade da pessoa humana em comparação com o princípio da segurança jurídica, quanto a força da interação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia em matéria de segurança, reforça-se a já mencionada precedência relativa dos princípios ofendidos pela Lei de Anistia no caso em análise.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, diante desta ligeira análise da apreciação da constitucionalidade da Lei de Anistia pelo STF, é inevitável a conclusão de que não houve uma abordagem do caso à luz da *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy. Como já anteriormente levantado, não houve sequer um voto no qual um Ministro do STF tenha procedido a uma ponderação entre os direitos fundamentais que estavam em evidente colisão.

Apesar das reincidentes oportunidades nas quais Ministros do STF sustentaram seus julgamentos no “princípio da proporcionalidade” (cite-se como exemplos os seguintes julgamentos: ADI n. 223/DF, ADI n. 319/DF e RE n. 86.297/SP) e da publicação de trabalhos do Ministro Gilmar Ferreira Mendes acerca do tema⁵, restou óbvio que no julgamento da ADPF n. 153 não houve um recurso à ponderação dos princípios.

Virgílio Afonso da Silva ainda alerta que, nos casos em que o STF vem pautando o seu julgamento na máxima da proporcionalidade, é recorrente a ausência de técnica na abordagem da questão, havendo, inclusive, uma confusão entre a regra da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade (Silva, 2002, p. 31). O que ocorre nos julgamentos do STF é tão somente uma alusão ao dito “princípio da proporcionalidade” que, pela sua mera citação, parece solucionar a questão. Mas, de acordo com todo o relato acima trabalhado, não foi dessa forma que a *Teoria dos Direitos Fundamentais* sistematizou a aplicação da regra da proporcionalidade e a ponderação de princípios. Seu objetivo é racionalizar a *praxis* jurídica, viabilizando um método que conceda ao julgador um procedimento de abordagem das colisões entre princípios fundamentais conforme as condições de possibilidade da razão prática, e não criar um meio que, através de uma inaceitável precedência absoluta, solucione os conflitos.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Traducción: Manuel Atienza, in. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. México: Fontamara, p. 7-20, 1998.

⁵ A título de exemplo: MENDES, G. F. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF. Repertório IOB Jurisprudência: Tributária Constit. Adm., São Paulo, p. 469-475, 1994.

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales (trad. C. B. Pullido). *Revista Española de Derecho Constitucional (Centro de Estudios Constitucionales y Políticos)*. Madrid, año 22, n. 66, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico (Centro de Atualização Jurídica – CAJ)*. Salvador, v. 1, n. 4, 2001.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Direito e Decisão Racional. Temas de Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação de decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. *Pensar (UNIFOR)*. Fortaleza, v. 15, p. 603-627, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 – Distrito Federal. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. 29 abr. 2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>> Acesso em 22 de dezembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 – Distrito Federal. Petição Inicial. COMPARATO, Fábio Konder; MONTEIRO, Maurício Gentil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 22 de dezembro de 2011.

BRASIL. Lei n. 6.683. 28 agos. 1979. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm> Acesso em 22 de dezembro de 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACCORMICK, Neil.; SUMMERS Robert. Interpretation and justification. *Interpreting Statutes – A comparative study*. Aldershot-Brookfield USA-Hong Kong-Singapore-Sydney: Dartmouth, 1991.

MENDES. Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. São Paulo, n. 23, p. 469-475, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.