

A DELIBERAÇÃO COMO CONDIÇÃO DE APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

Júlio Aguiar de Oliveira

Pós-doutor em Direito pela Christian-Albrechts Universität zu Kiel (CAU). Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisador PPM/FAPEMIG. Professor de Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

E-mail: <j.aguiardeoliveira@gmail.com>.

RESUMO

Embora se verifique um número considerável de referências à proporcionalidade em decisões de ministros do STF, não é acertado concluir que a nossa corte constitucional aplique a máxima da proporcionalidade. A aplicação da máxima da proporcionalidade no contexto de uma decisão colegiada demanda a elaboração de uma fundamentação argumentativa que, por sua vez, depende da verificação da deliberação em sentido estrito, algo que, essencialmente por razões de natureza institucional, não se verifica no STF.

Palavras-chave: Proporcionalidade. STF. Deliberação. Alexy.

1 INTRODUÇÃO

O número elevado de referências aos termos “proporcionalidade” e “Alexy” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) parece indicar, ao menos à primeira vista, a adoção da máxima da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) pela corte constitucional brasileira.¹ Essa suposição, no entanto, não resiste a uma investigação mais atenta. Virgílio Afonso da Silva, a partir da análise de uma série de referências à proporcionalidade em julgados do STF, chega à conclusão de que essas referências não significam, em sentido rigoroso, uma real aplicação da máxima da proporcionalidade enquanto máxima de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Essas referências devem ser interpretadas, caso não tenham apenas caráter retórico, como um mero apelo à racionalidade.² Fausto

Santos de Moraes, também lastreado na análise de referências à proporcionalidade no contexto de decisões do STF, conclui que o que se expressa aí é, na verdade, um simulacro da teoria de Alexy.³ Tomando por base as análises críticas de Silva e de Moraes, que são construídas a partir do estudo de votos de ministros do STF nos quais são feitas alegações explícitas de aplicação da proporcionalidade, parece justificado concluir daí que a proporcionalidade não é aplicada pelo STF em virtude do fato de que os ministros do STF, individualmente, falham ao tentar aplicá-la em suas decisões. Embora haja fortes evidências nesse sentido, a atribuição do fracasso na aplicação da proporcionalidade a uma deficiência técnica dos ministros do STF conduz à ocultação de uma causa ainda mais profunda. Para além das deficiências técnicas se esconde uma causa de natureza institucional. Essa causa de natureza institucional é a forma de decisão do STF. O STF decide, mas não delibera. Como pretendo esclarecer mais à frente, não há deliberação em sentido estrito porque não há discussão argumentativa.⁴ Cada ministro

1 Para o número de ocorrências da expressão “princípio da proporcionalidade” na jurisprudência do STF, vide MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 122.

2 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. 2002, v. 798, p. 23-50.

3 MORAIS, F., 2016, p. 249.

4 Para uma análise do modo de decisão do STF, vide

expõe suas razões de decidir em seu voto, mas a razão de decidir da corte não tem como emergir desse agregado de fundamentações isoladas. Uma consequência disso é que, como não há deliberação, não faz sentido falar em aplicação da proporcionalidade, uma vez que a proporcionalidade é, na sua essência, um modo de organizar o processo de argumentação racional diante do desafio da garantia de direitos fundamentais em casos concretos. Caso esteja correta a afirmação de que o STF é uma corte constitucional incapaz de aplicar a proporcionalidade em sentido próprio porque institucionalmente incapaz de sustentar a deliberação em sentido estrito, então, por um lado, as críticas à aplicação da proporcionalidade estão mal direcionadas, uma vez que tomam por proporcionalidade algo que na verdade não é proporcionalidade. Por outro lado, a defesa da aplicação da proporcionalidade demandaria, antes de tudo, a defesa da institucionalização da deliberação no STF, atentando para o fato de que a mera ostentação de um simulacro de proporcionalidade não tem a capacidade de atribuir racionalidade a decisões que, no fim das contas e na melhor das hipóteses, expressam o mínimo denominador comum – carente de fundamentação argumentativa – de um agregado de onze decisões individuais. Na sequência deste artigo, a fim de fundamentar e desenvolver essas afirmações, pretendo (1) apresentar as principais características antideliberativas do STF (que constituem as características a serem enfrentadas no contexto de um projeto de institucionalização da deliberação) e (2) refletir sobre a deliberação, buscando explicitar sua conexão com a proporcionalidade.

2 O STF E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA IMPRUDÊNCIA

Dois trabalhos publicados recentemente investigam o modelo de decisão adotado pelo STF. O primeiro, *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*, de José Rodrigo Rodriguez, embora dedicado à investigação da maneira como decidem as cortes brasileiras em geral, volta-se também para a análise do caso específico do modo de decisão do STF.⁵ Segundo

SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*. 2013, v. 11, n. 3, p. 557-584.

5 RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de

Rodriguez, à semelhança das cortes brasileiras em geral, o STF decide por simples agregação de opiniões dos ministros (votos) e adota a invocação de autoridades como modelo de raciocínio jurídico. Além disso, o que Rodriguez observa de decisivo é a falta de relevância da fundamentação das decisões, uma decorrência evidente da inexistência de deliberação. O STF decide por agregação de opiniões e não elabora uma fundamentação unificada de sua argumentação. Cada voto traz uma decisão e os argumentos que a fundamentam, mas a decisão final, a decisão da corte, não explicita sobre quais fundamentos se sustenta. Em sentido estrito, há onze opiniões, mas não há uma opinião do tribunal. Rodriguez observa:

Por isso mesmo, de modo absolutamente coerente, o tribunal não organizará a decisão de maneira unificada. Limitar-se-á a publicar todas as opiniões dos juízes em conjunto e sem hierarquia, incluindo a transcrição dos debates ocorridos na sessão de julgamento, intercalados com os votos apresentados por escrito, que são elaborados com antecedência. O documento resultante, quase sempre longo, desorganizado e difícil de manusear, é um retrato fiel do processo decisório do STF em que vence o caso aquele que convencer individualmente mais juízes.⁶

A desorganização da apresentação das decisões do STF, como Rodriguez registra com acerto, não é a expressão de um acidente. As decisões não são organizadas de maneira unificada, de modo a explicitarem as razões que as fundamentam, porque isso, dada a forma mesma de decidir do STF, é impossível. A corte, como se verá mais à frente com mais detalhes, não delibera. Sem deliberação, conseqüentemente, não há como reconhecer e explicitar as razões da decisão.

O segundo trabalho, este voltado especificamente para a investigação do modo de decidir do STF, é um trabalho de Virgílio Afonso da Silva, *Deciding without deliberating*, publicado em 2013.⁷ Nesse trabalho, Silva defende a tese de que o STF é uma corte marcada por uma performance deliberativa pobre. O modelo decisório, que se expressa – ao final – numa decisão desacompanhada de uma fundamentação específica, é, também na concepção de Silva, um indicador da ausência de deliberação. Silva apresenta a maneira

Janeiro: Editora FGV, 2013.

6 Id. *Ibid.*, p. 83.

7 SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*. 2013, v. 11, n. 3, p. 557-584.

como o STF decide:

O processo de decisão é puramente agregativo. Cada ministro escreve seu próprio voto e todos os votos são publicados. A forma da publicação é, desse modo, *seriatim*. Mesmo no caso de uma decisão unânime, todos os votos escritos são publicados. Isso significa que uma opinião concorrente pode, mas não tem, necessariamente, de alegar razões diferentes para a decisão. Estritamente falando, não há uma opinião da corte, mas apenas uma série de onze opiniões escritas. Os únicos dois produtos coletivos desse processo de decisão são as ementas e os acórdãos. O primeiro é um sumário da decisão (usualmente não mais do que umas poucas frases) e o segundo é um tipo de “placar final”, um texto bem curto (usualmente um ou dois parágrafos) declarando se a decisão foi unânime ou não e se a lei foi considerada constitucional ou inconstitucional, seja no todo, seja em parte. (tradução nossa)⁸

De acordo com Silva, há um conjunto de regras institucionais como também um conjunto de práticas institucionais que explicam a pobre performance deliberativa do STF. No primeiro grupo, Silva identifica: (1) o papel praticamente irrelevante do relator; (2) o modo como os ministros comunicam-se uns com os outros e (3) a possibilidade de um ministro interromper a sessão plenária antes de que todos tenham tido a oportunidade de apresentar seus votos. No segundo grupo, Silva relaciona as seguintes práticas: (1) orientação estratégica para a vitória; (2) falta de interação voltada para o consenso; (3) a influência da publicidade extrema, especialmente em virtude da transmissão televisiva das sessões da corte e (4) opiniões discordantes como opiniões vencidas.⁹

Quanto ao primeiro entrave à deliberação: De acordo com o modelo decisório adotado pelo STF, como de resto também adotado por todos os tribunais brasileiros, o papel do relator não é o de apresentar uma base para a deliberação em conjunto. Pelo contrário, na verdade, o papel do relator é um entrave à deliberação. Isto porque antes da sessão de julgamento, o único documento apresentado pelo relator a seus colegas é um breve sumário do caso. O voto do relator, no qual aparecem seus argumentos para a decisão, é lido na sessão de julgamento, ocasião na qual, normalmente, todos os ministros já se apresentam com seus respectivos votos prontos. Na medida

em que o relator não disponibiliza seu voto antecipadamente para todos os demais ministros, isso representa, na prática do STF, a institucionalização de um poderoso entrave à deliberação. A possibilidade mesma de deliberação fica prejudicada na medida em que o relator não apresenta, antes da sessão de julgamento, um relatório detalhado do caso e os argumentos com os quais fundamenta sua proposta de decisão. No modelo decisório do STF, portanto, o relator desempenha um papel antideliberativo.

O segundo entrave à deliberação se revela na forma da comunicação entre os ministros. No lugar do diálogo, o que se observa nas sessões de julgamento é uma sequência de onze monólogos. Cada ministro lê, durante a sessão, o seu voto previamente elaborado. Não há debate em torno de argumentos. É inclusive comum que um ministro se retire da sessão durante a leitura do voto de um colega. Parece não existir sequer uma expectativa de debate em torno de argumentos. Os votos já estão prontos. Os argumentos já estão todos lá. Da perspectiva de cada ministro, resta apenas o trabalho de lê-los em voz alta. Isso revela que, na verdade, ninguém espera convencer ninguém e ninguém espera ser convencido.

Um terceiro obstáculo à deliberação se encontra na possibilidade, garantida aos ministros, de pedirem vista do processo em qualquer momento. Para Silva, isso por si só já revela a falta de expectativa, da parte do ministro que solicita a vista, de um esclarecimento para suas dúvidas a partir das contribuições de seus colegas ao longo da sessão de julgamento.¹⁰ No entanto, esta questão se mostra ainda mais grave. Diego Werneck Arguelhes e Ivar A. Hartmann revelam a irrelevância do Regimento Interno do STF em relação ao prazo regimental para a devolução de um pedido de vista. Embora haja previsão regimental para devolução de processos, essa determinação é, na prática, ignorada. Apenas um em cada cinco pedidos de vista é devolvido no prazo regimental. Arguelhes e Hartmann observam:

[...] é possível que um Ministro devolva um pedido de vista em duas semanas, mas é igualmente possível que os autos fiquem em seu gabinete por anos e anos, sem previsão de retorno para julgamento. Um exemplo é o Recurso Extraordinário 188083. Nesse processo, um pedido de vista feito pelo Min. Eros Grau em 2006 não apenas sobreviveu à aposentadoria do próprio

8 Id. *Ibid.*, p. 568.

9 Id. *Ibid.*, *passim*.

10 Id. *Ibid.*, p. 572.

ministro, como sequer foi devolvido por seu sucessor. O processo chegou ao Supremo em 1995, mas o pedido de vista continua em aberto até hoje. Assim, das quase duas décadas de duração do processo até aqui, cerca de oito anos são resultado direto de um pedido de vista.¹¹

Não há como deixar de perceber, a partir da análise dos números da pesquisa de Arguelhes e Hartmann, a impossibilidade de explicar a prática de vistas adotada pelos ministros do STF no âmbito de uma concepção básica minimamente comprometida com a deliberação em conjunto. Os dados coletados sugerem que, além de revelar a falta de expectativa do ministro que pede vistas em relação às possíveis contribuições de seus colegas para o esclarecimento de suas dúvidas, essa prática é utilizada com objetivos estratégicos, isto é, como uma maneira de um ministro subtrair do tribunal, individualmente e por tempo indefinido, uma questão sobre a qual os demais ministros já apresentaram suas decisões ou já se encontram prontos para o fazer.

Já no plano das práticas antideliberativas do STF, Silva relaciona, em primeiro lugar, o fato de os ministros se comportarem como advogados de suas próprias decisões.¹² Desse modo, eles não se sentem obrigados a compartilhar informações que comprometam seus argumentos, como também não se sentem obrigados a considerar posições doutrinárias eventualmente contrárias às teses que defendem.

A falta de interação voltada para o consenso é, nesse contexto, algo simplesmente incontornável. Não é possível deliberar sem buscar o consenso. É justamente para isso que argumentos são trocados. Mesmo em cortes de alta performance deliberativa, a dissidência é sempre uma possibilidade, o que não elimina, no entanto, a presença do consenso, ao menos enquanto ideia regulativa. O que impressiona no STF é que o consenso ali sequer parece ser buscado. O grau de individualismo dos ministros – combinado com as regras e práticas já mencionadas – parece cancelar o consenso até mesmo como ideia regulativa. Como explicar isso? Silva acredita que a noção de audiência pode ser tomada como uma hipótese plausível para explicar o extremo individualismo dos ministros do STF.¹³ Quando um ministro se

aferra à leitura de um voto, muito frequentemente longo e recheado de referências eruditas, não é de todo infundado supor que essa apresentação é realizada para uma audiência externa à corte, mesmo porque, como já visto, as possibilidades de convencimento recíproco são remotas. Essa suposição fica ainda mais forte quando se constata que as sessões plenárias do STF, nas quais são lidos os votos, veem sendo, desde 2002, transmitidas por um canal de televisão do Poder Judiciário, sob a responsabilidade da Secretaria de Comunicação Social do Supremo Tribunal Federal, muitas vezes ao vivo. Ministros do STF têm hoje status de celebridades, com um intensa presença na mídia. Desse modo, o esforço de leitura do voto se justifica não enquanto momento de um diálogo argumentativo voltado para o convencimento decorrente da força do melhor argumento, mas sim enquanto atividade necessária para a construção e conservação da figura midiática do ministro perante uma audiência externa. Não se trata, portanto, de um esforço no sentido da busca pelo melhor argumento. Infelizmente, o papel da TV Justiça tem sido o de reforçar o individualismo dos ministros e de naturalizar a pobre performance deliberativa do STF.

Por fim, a rigor, não há votos dissidentes, apenas votos vencidos. A cada vez que um ministro decide, ele se depara com a possibilidade de seu voto se transformar na decisão da corte. Se a sua decisão coincidir com as decisões de pelo menos outros cinco ministros, ela se transforma na decisão da corte. Caso contrário, ela se transforma no testemunho de uma verdade que não encontrou a sua hora. Uma decisão que não vingou. Seus argumentos, porém, como nunca foram desafiados, continuam de pé. A contagem de votos individuais na definição da decisão da corte produz vencidos e vencedores. Mas nada além disso. Em especial, não produz uma decisão fundada numa deliberação conjunta, apta a reclamar a autoridade do melhor argumento. A corte não testa argumentos. Cada ministro, na solidão de seu gabinete, encontra e testa os argumentos que entende necessários para a fundamentação do seu voto e o resultado da contagem final de votos não diz absolutamente nada sobre a qualidade dos argumentos apresentados. Na verdade, não há opiniões dissidentes, mas simplesmente opiniões vencidas. O individualismo autoritário que domina o STF admite que a decisão de um ministro seja vencida por um número maior de

11 ARGUELHES, Diego Werneck e HARTMANN, Ivar A. A Irrelevância do Regimento Interno do STF. *Jota*, 08/10/2014.

12 SILVA, V. 2013, p. 576-577.

13 Id. *Ibid.*, p. 580-583.

decisões contrárias, mas não admite que cada um dos onze ministros se envolva num esforço deliberativo comum para a definição de algo à altura de se denominar, com propriedade, de jurisprudência da corte.

Bem vistas as coisas, não se trata apenas de um tribunal com baixa performance deliberativa, como qualificado por Silva. Na verdade, a estrutura da prática jurisdicional do STF constitui a institucionalização da impossibilidade da deliberação enquanto procedimento argumentativo. Em outros termos, considerando a conexão entre deliberação e prudência, constitui a institucionalização da imprudência. Se essa descrição estiver correta, a alegação de aplicação da máxima da proporcionalidade pelo STF não tem base real. Porém, a fim de justificar essa afirmação, preciso explicitar o que compreendo por deliberação e, em seguida, investigar as razões da conexão necessária entre deliberação e proporcionalidade.

3 SOBRE DELIBERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE

Deliberar significa determinar meios eficazes em vista de fins realizáveis. Em sua teoria da deliberação, na *Ética a Nicômaco*, Aristóteles faz referência às origens políticas da noção de deliberação.¹⁴ Pierre Aubenque observa que:

[...] a palavra βουλευσις, que Aristóteles é o primeiro a empregar com um sentido técnico, remete à instituição da βουλή, que designa, em Homero, o Conselho dos Anciãos e, na democracia ateniense, o Conselho dos Quinhentos, encarregado de preparar, por deliberação prévia, as decisões da Assembléia do Povo [...]”¹⁵ (tradução nossa).

A deliberação prévia, portanto, é uma condição necessária da decisão prudente (racional)¹⁶. Mas mais do que isso, a deliberação em comum (colegiada), como praticada no Conselho dos Anciãos, é a forma básica de deliberação (deliberação em sentido estrito). A deliberação de uma pessoa consigo mesma é uma forma derivada da deliberação em conjunto. Mas por que é preciso deliberar? E por que deliberar é, antes de tudo, algo que se

faz em conjunto? Para Aristóteles, a necessidade da deliberação é uma decorrência do caráter contingente do futuro. Como não pode haver ciência do que é contingente, é através da deliberação que – de certo modo – torna-se possível tatear o futuro. Se houvesse uma ciência do futuro, não haveria necessidade de deliberação, como também não haveria sentido para a democracia. Mas não há ciência do futuro e nem reis-filósofos. Por isso, sendo as coisas como são, a deliberação em conjunto tem, como Aubenque observa, o sentido de um mal menor segundo Aristóteles. O pluralismo da deliberação, que se expressa na discussão argumentativa entre participantes de um colegiado, tem o sentido de um quebra-galho. “Porém, esse pluralismo, pela crítica recíproca das opiniões que institui, vale mais que as arbitrarias decisões do tirano, cuja personagem assombra, como sua metade sombria, o monarca” (tradução nossa).¹⁷

Em relação ao sentido da deliberação, Alexy parece não estar muito distante de Aristóteles. Para Alexy, deliberação é compreendida como procedimento argumentativo e a deliberação jurídica se apresenta como argumentação jurídica.¹⁸ No âmbito da argumentação jurídica, a máxima da proporcionalidade, antes de qualquer outra coisa, é a descrição do melhor roteiro – enquanto especificação do procedimento argumentativo – para a garantia dos direitos fundamentais.¹⁹ Parece-me que tanto para Aristóteles quanto para Alexy, a constatação de que a crítica recíproca das opiniões vale mais que as decisões de quem julga possuir saber e poder além do normal representa o fundamento do procedimento argumentativo, sobre o qual a proporcionalidade ganha forma. Desse modo, a deliberação, base da proporcionalidade, constitui-se no encontro da democracia com a razão e se justifica tanto a partir de um argumento de justiça (*fairness*) quanto de um argumento epistêmico.

É claro que isso não significa que apenas há deliberação quando se delibera em conjunto. Uma pessoa pode deliberar consigo mesma (como vimos, esta é uma forma derivada de deliberação). Também é claro que um juiz pode, em decisão monocrática, aplicar a proporcionalidade diante das dificuldades relativas à realização de um di-

14 ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics*, III, 5, 113a 7.

15 AUBENQUE, Pierre. *La Prudence chez Aristote*. Paris: Presses Universitaires de France, 1963, p. 111.

16 ARISTOTLE, 1140a.

17 AUBENQUE, P. p. 115-116.

18 Vide, ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt a. M.: Surkamp, 1983, *passim*.

19 Vide, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrecht*. Frankfurt a. M.: Surkamp, 1994.

reito fundamental num caso concreto. E mesmo como membro de um tribunal que decida por agregação de votos, não me parece questionável a possibilidade de que seus membros apliquem a proporcionalidade na construção de seus votos individuais. Nessas hipóteses, a deliberação em sentido estrito não me parece ser condição necessária da aplicação da proporcionalidade (o que não significa, entretanto, uma ruptura ou enfraquecimento do compromisso com a necessidade de uma estrutura comunicativa enquanto condição de realização da racionalidade em sua máxima medida possível).²⁰ Em decisões monocráticas e em votos, portanto, pode se dar a aplicação da máxima da proporcionalidade sem a verificação da deliberação em sentido estrito. Mas o mesmo não pode ser dito em relação a uma decisão de um órgão colegiado (tribunal).

No âmbito específico de um tribunal, a deliberação (discussão argumentativa) entre os participantes do colegiado constitui não apenas o contexto próprio da aplicação da máxima da proporcionalidade como também uma condição necessária da aplicação da máxima da proporcionalidade.

A fim de sustentar essa afirmação, é preciso chamar a atenção antes para o que é pressuposto do que para o que é efetivamente exposto na teoria dos direitos fundamentais de Alexy. A atividade de importação de teorias muito frequentemente se ressentem dos problemas decorrentes da falta de atenção a pressupostos e contextos originais. No caso da máxima da proporcionalidade, seu contexto é dado pela prática discursiva concreta do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*). O Tribunal Constitucional Federal alemão explicita os argumentos que fundamentam suas decisões (algo que não seria viável sem prévia deliberação em sentido estrito). Como visto no tópico anterior, esse não é o caso do STF. Uma decisão do STF não se sustenta sobre argumentos, mas sobre votos. Consequentemente, é impossível extrair de uma decisão do STF a sua fundamentação. A fundamentação dos votos é conhecida, mas a da decisão, não. Como não há deliberação, não tem como haver fundamentação argumentativa das decisões. Sem fundamentação argumentativa, é impossível falar em máxima da proporcionalidade. Mas não seria possível, nesses casos, que a carga da argumentação jurídica fosse sustentada pelas discussões travadas pelas par-

²⁰ Id. Ibid., Vide ALEXY, *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 303.

tes ao longo do processo como procedimento em contraditório? Acredito que não. A razão disso é que, ainda que cada um dos julgadores, individualmente, fundamente sua decisão com argumentos, é praticamente impossível definir sobre quais argumentos se sustenta a decisão final da corte. A argumentação, desse modo, se torna invisível na decisão. Uma prática decisória que torna virtualmente impossível a definição dos argumentos que fundamentam suas decisões, não leva a argumentação jurídica a sério.

A argumentação jurídica institucionalizada é, como dito, não apenas o contexto, mas também um elemento necessário da máxima da proporcionalidade. Nos casos de tribunais que decidem de forma colegiada, essa institucionalização da argumentação jurídica pressupõe necessariamente a deliberação em sentido estrito, porque, nesses casos, essa é a única forma de se chegar a uma fundamentação argumentativa da decisão. Os membros de um tribunal só podem apresentar os fundamentos de uma decisão se, de fato, esses fundamentos tiverem sido objeto de discussão entre eles. Ao término da discussão, chega-se a uma decisão da corte acompanhada da fundamentação da corte (e não de um conjunto desorganizado dos fundamentos dos votos vencedores).

A conexão entre proporcionalidade e argumentação jurídica fica ainda mais evidente quando se atenta para o fato de que em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, obra na qual desenvolve a teoria da proporcionalidade, Alexy não rompe com as teses defendidas na *Teoria da Argumentação Jurídica*. Pelo contrário, um mesmo compromisso básico com o discurso prático racional enquanto condição de possibilidade da teoria do direito encontra-se no centro de ambas as obras. A proporcionalidade, portanto, tem de ser lida sob a luz da argumentação jurídica.

Parece-me que uma leitura da teoria da proporcionalidade cindida da teoria da argumentação jurídica encontra-se na base de juízos críticos que, ao mesmo tempo em que percebem o fracasso do STF em aplicar a máxima da proporcionalidade, atribuem à teoria da proporcionalidade uma função de instrumento para a arbitrariedade. Esse é, por exemplo, o caso da crítica de Moraes. No meu entendimento, Moraes acerta quando conclui que “o que se vê no STF é apenas um simulacro da teoria de Robert Alexy”.²¹ Mas se equivoca quando atribui à proporcionalidade

²¹ MORAIS, F., p. 249.

uma espécie de disfarce para a manifestação da discricionariedade do julgador.²² Mais adequado seria se, nesse ponto, Moraes, apoiando-se nos resultados de sua investigação das supostas aplicações da proporcionalidade pelo STF, atribuísse essa função de camuflagem da discricionariedade do julgador não à proporcionalidade, mas a um simulacro de proporcionalidade. A proporcionalidade, corretamente compreendida contra o pano de fundo da argumentação jurídica, não se presta a essa função.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto os que defendem quanto os que criticam a aplicação da proporcionalidade pelo STF precisam dar um passo atrás. O verdadeiro desafio para a superação do déficit de racionalidade da prática decisória do STF não se encontra, neste momento, nem na celebração das supostas virtudes da proporcionalidade, nem na condenação de seus supostos defeitos. O desafio, hoje, encontra-se no reconhecimento e na construção das condições institucionais necessárias para a instauração da deliberação no STF.

Para concluir, quero fazer apenas mais duas observações.

Primeira: A máxima da proporcionalidade é, muito provavelmente, a ferramenta analítica de garantia de direitos fundamentais mais bem elaborada e mais intensamente testada nas condições do constitucionalismo da segunda metade do século XX.²³ Além disso, trata-se de uma ferramenta analítica perfeitamente compatível com a Constituição da República de 1988. Porém, sua importação exige o estabelecimento simultâneo das condições institucionais que sustentam a sua aplicação. Da forma como funciona hoje, o STF não propicia as condições mínimas necessárias para a aplicação da proporcionalidade em decisões colegiadas. Como não há deliberação em sentido estrito entre os ministros, não há fundamentação argumentativa das decisões do STF. Sem fundamentação argumentativa, não há verdadeiramente aplicação da proporcionalidade.

E por fim, como o objeto de nossas discussões se situa no plano da racionalidade prática, é sempre necessária uma palavra de cautela contra expectativas exageradas. Mesmo uma aplicação

tecnicamente rigorosa da máxima da proporcionalidade por uma corte de alta performance deliberativa jamais será capaz de gerar um tipo de segurança e previsibilidade que é próprio do âmbito das ciências exatas. Nessa matéria, que é a matéria da prudência, continua valendo hoje – e a teoria do direito de Robert Alexy me parece dar testemunho dessa verdade – o que já valia para Aristóteles e Tomás de Aquino:

[...] a certeza não deve ser procurada do mesmo modo em todas as coisas. Mas, em cada matéria segundo o seu próprio modo'. E, dado que a matéria da prudência consiste nos singulares contingentes, objeto das ações humanas, a certeza da prudência não pode ser tão grande a ponto de afastar por completo a inquietação.²⁴

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrecht*. Frankfurt a. M.: Surkamp, 1994.
- _____. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt a. M.: Surkamp, 1983.
- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2001.
- ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics*. 2nd Ed. Translated, with Introductions, Notes, and Glossary, by Terence Irwin. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1999.
- AUBENQUE, Pierre. *La Prudence chez Aristote*. Paris: Presse Universitaires de France, 1963.
- MÖLLER, Kai. Proportionality: Challenging the Critics. *I.CON*, v. 10, n. 3, p. 709-731, 2012.
- MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade: A inadequada Recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: Editora JusPodium, 2016.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. 2002, v. 798, p. 23-50.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*. 2013, v. 11, n. 3, p. 557-584.
- 24 AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*, II, II, 47, 9, 2.

²² Id. *Ibid.*, p. 250.

²³ Vide, MÖLLER, Kai. Proportionality: Challenging the Critics. *I.CON*, v. 10, n. 3, p. 709-731, 2012.

Deliberation as a condition for application of the principle of proportionality

ABSTRACT

Although there are a considerable number of references to proportionality in the opinions of STF's Justices, it is not right to conclude, basing on this fact, that STF applies proportionality. The application of proportionality in the context of a collegial decision requires the development of an argumentative reasoning which, in turn, depends on the fulfillment of deliberation in the strict sense, which, essentially for reasons of institutional nature, is not the case in the Brazilian's Supreme Court.

Keywords: Proportionality. STF. Deliberation. Alexy.

Recebido: 31/10/2016.

Aprovado: 02/12/2016.